Deutscher Bundestag **Drucksache 14/8783**

14. Wahlperiode 16. 04. 2002

Gesetzentwurf

der Abgeordneten Dr. Michael Luther, Manfred Grund, Günter Nooke, Ulrich Adam, Klaus Brähmig, Hartmut Büttner (Schönebeck), Wolfgang Dehnel, Kurt-Dieter Grill, Dr.-Ing. Rainer Jork, Ulrich Klinkert, Werner Kuhn, Peter Letzgus, Hans Michelbach, Norbert Otto (Erfurt), Christa Reichard (Dresden), Katherina Reiche, Hans-Peter Repnik, Dr. Rupert Scholz, Gerhard Schulz, Margarete Späte, Michael Stübgen, Andrea Voßhoff und der Fraktion der CDU/CSU

Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG)

A. Problem

Die wirtschaftliche Lage der Werkunternehmer, vor allem in der Baubranche, ist in den letzten Jahren immer schlechter geworden. Dies gilt insbesondere für die Situation in den neuen Bundesländern. Forderungsausfälle in Millionenhöhe und eine steigende Anzahl von Insolvenzen prägen das Bild. Diese Situation ist zu einem großen Teil auf unzureichende rechtliche Rahmenbedingungen zurückzuführen. Das am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat hier keine Wende gebracht. Gesetzgeberische Initiativen der Bundesregierung auf diesem Gebiet sind gleichwohl bislang ausgeblieben, obwohl bereits der Bundesrat bei seiner Beschlussfassung über das oben genannte Gesetz die Bundesregierung gebeten hatte, weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der Zahlungsmoral zu prüfen.

Der vorliegende Gesetzentwurf hat das Ziel, die Zahlungsmoral durch ein Bündel von Maßnahmen zu stärken. Zum einen sollen Handwerksbetriebe in die Lage versetzt werden, ihre Werklohnforderung effektiv zu sichern. Zum anderen sollen die verfahrens- und strafrechtlichen Vorschriften im Sinne einer einfacheren Titelerlangung und Vollstreckung sowie strengerer strafrechtlicher Sanktionen geändert werden.

B. Lösung

Die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen kann, sollen erleichtert werden.

Die kaufrechtlichen Regelungen zum Eigentumsvorbehalt sollen mit Modifikationen auch für den Werkunternehmer gelten und ihm bei Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Bestellers sein Eigentum an eingebauten Sachen sichern helfen.

Die Möglichkeiten des Unternehmers, eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB zu erhalten, sollen deutlich erweitert werden.

Ferner wird das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in geänderter Form in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Daneben werden verschiedene bislang unzureichend ausformulierte Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die im Rahmen des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, geändert und ergänzt, damit sie in der Praxis effektiver anwendbar sind. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur Fälligkeit von Vergütungsansprüchen des Subunternehmers und zur bisherigen Fertigstellungsbescheinigung (künftig: Vergütungsbescheinigung).

Schließlich soll der Gläubigerschutz auch durch Änderungen des Erkenntnisverfahrens, insbesondere durch Einführung des Voraburteils in Bausachen, des Zwangsvollstreckungsverfahrens, des Aktiengesetzes und des GmbH-Rechts sowie des Strafrechts verbessert werden.

C. Alternativen

Denkbar wäre, sich darauf zu beschränken, die im geltenden Recht bereits angelegten Rechtsinstitute auszubauen und zu stärken. Dies ist zwar notwendig, aber nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr, über das bisherige System hinausgehend neue Möglichkeiten zur Sicherung und Durchsetzung von Ansprüchen zu schaffen.

D. Kosten

Keine.

Da dieses Gesetz mit der rechtlichen auch die wirtschaftliche Situation der Bauunternehmer und Handwerker verbessert, ist ein Kostenentlastungseffekt für die öffentlichen Haushalte wahrscheinlich, denn die Zahl der Insolvenzen und die dadurch verursachten Folgekosten für die öffentlichen Haushalte werden sich verringern.

E. Sonstige Kosten

Sonstige Kosten sind nicht zu erwarten.

Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG)

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. § 632a wird wie folgt gefasst:

„§ 632a
Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen verlangen. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die eigens angefertigt und bereitgestellt oder angeliefert sind, wenn dem Besteller Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) In Verbraucherverträgen, die die Errichtung eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben, muss dem Besteller angemessene Sicherheit für die Erfüllung des Vertrags geleistet werden. Als angemessen ist in der Regel eine Sicherheit in Höhe von fünf Prozent des Vergütungsanspruchs anzusehen."

2. Nach § 632a werden folgende §§ 632b bis 632e eingefügt:

„§ 632b
Eigentumsvorbehalt beim Bauvertrag

(1) Der Unternehmer kann sich zur Sicherung seiner Forderungen aus dem Vertrag das Eigentum an seinen beweglichen Sachen, die er zum Zwecke der Erfüllung eines Werkvertrags als wesentliche Bestandteile mit dem Grundstück oder Gebäude des Bestellers verbindet, bis zur vollständigen Zahlung der Vergütung vorbehalten.

(2) Der Vorbehalt des Eigentums ist nur wirksam, wenn der Unternehmer dies gegenüber dem Besteller vor der Verbindung schriftlich erklärt.

(3) Der Vorbehalt des Eigentums ist unwirksam, soweit die Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde. Dabei sind die Wertverhältnisse vor dem Einbau maßgebend. Der Vorbehalt des Eigentums wird unwirksam, wenn der Unternehmer Sicherheit auf andere Weise erlangt hat.

§ 632c
Kündigungsrecht des Unternehmers auf Grund des Eigentumsvorbehalts

(1) Hat sich der Unternehmer das Eigentum vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Eigentumserwerb des Bestellers durch Verbindung mit seiner Sache nur unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung der Vergütung erfolgt und dass der Unternehmer zur Kündigung des Vertrags berechtigt ist, wenn der Besteller mit der Zahlung in Verzug kommt.

(2) Auf Grund des Eigentumsvorbehalts kann der Unternehmer die Sache nur herausverlangen, wenn er den Vertrag nach Absatz 1 gekündigt hat. Kündigt der Unternehmer nach Absatz 1, sind die bisher von ihm erbrachten Werkleistungen abzurechnen. Mit Herausgabe der von ihm unter Eigentumsvorbehalt eingebauten Sachen erlischt sein Vergütungsanspruch einschließlich Nebenforderungen für die von ihm insoweit erbrachten Leistungen. Neben der nach Maßgabe der Sätze 2 und 3 zu berechnenden Vergütung kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen. § 642 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grund eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Fall der Kündigung von dem Empfang der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten.

§ 632d
Kostentragung bei Entfernung der eingebauten Sache

Hat der Unternehmer auf Grund des vorbehaltenen Eigentums den Vertrag gekündigt und verlangt er die verbundene Sache heraus, so hat der Besteller die mit der Entfernung der Sache entstehenden Kosten zu tragen.

§ 632e
Zurückbehaltungsrecht des Bestellers

Der Besteller kann die Herausgabe der Sache des Unternehmers verweigern, wenn dies für ihn oder seine Familie zu unverhältnismäßigen Nachteilen führen würde. Der Unternehmer kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch vorläufige sichernde Maßnahmen, durch die den Belangen des Bestellers und seiner Familie Rechnung getragen wird, abwenden."

3. § 641 wird wie folgt geändert:

Die Absätze 2 und 3 werden wie folgt gefasst:

„(2) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,

1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,
2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist, als abgenommen gilt oder hierfür eine Vergütungsbescheinigung erteilt worden ist oder
3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.

Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werks Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist mindestens das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.“

4. § 641a wird wie folgt gefasst:

„§ 641a
Vergütungsbescheinigung

(1) Die Vergütung ist bei einem schriftlichen Vertrag auch zu entrichten, soweit dem Unternehmer von einem Gutachter eine Bescheinigung darüber erteilt wird, in welchem Umfang die Vergütung zu zahlen ist (Vergütungsbescheinigung). Der Gutachter erteilt die Vergütungsbescheinigung über die ganze Vergütung oder, im Falle des § 641 Abs. 1 Satz 2, über die Vergütung für den betreffenden Teil des Werks, wenn das versprochene Werk oder sein Teil hergestellt und frei von Mängeln ist, die der Besteller gegenüber dem Gutachter behauptet hat oder die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind. Stellt der Gutachter Mängel fest, erteilt er die Vergütungsbescheinigung für den Teil der Vergütung, der sich nach Abzug des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung ergibt. Es wird vermutet, dass ein Aufmaß oder eine Stundenlohnberechnung, die der Unternehmer seiner Rechnung zu Grunde legt, zutrifft, wenn der Gutachter dies in der Vergütungsbescheinigung bestätigt.

(2) Gutachter kann sein

1. eine sachkundige Person oder Stelle, auf die sich Unternehmer und Besteller nach Entstehen der Streitigkeit verständigt haben, oder
2. ein auf Antrag des Unternehmers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architektenkammer oder eine Ingenieurkammer bestimmter öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger.

Der Gutachter wird vom Unternehmer beauftragt. Aus dem Vertrag entstehen Pflichten nach § 241 Abs. 2 auch gegenüber dem Besteller. Diesem und dem Unternehmer hat der Gutachter Ersatz für den aus einem Verstoß gegen das in dieser Vorschrift bestimmte Verfahren oder aus einer unrichtigen Begutachtung entstehenden Schaden nur zu leisten, wenn er die Pflichtverletzung vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen hat.

(3) Der Gutachter muss mindestens einen Besichtigungstermin abhalten; eine Einladung hierzu unter Angabe des Anlasses muss dem Besteller mindestens zwei Wochen vorher zugehen. Ob das Werk frei von Mängeln ist, beurteilt der Gutachter nach einem schriftlichen Vertrag, den ihm der Unternehmer vorzulegen hat. Änderungen dieses Vertrags sind dabei nur zu berücksichtigen, wenn sie schriftlich vereinbart sind oder von den Vertragsteilen übereinstimmend gegenüber dem Gutachter vorgebracht werden. Wenn der Vertrag entsprechende Angaben nicht enthält, ist § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 entsprechend anzuwenden. Vom Besteller geltend gemachte Mängel bleiben bei der Erteilung der Bescheinigung unberücksichtigt, wenn sie nach Abschluss der Besichtigung vorgebracht werden.

(4) Der Gutachter hat die festgestellten Mängel nach Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten ihrer Beseitigung in einer Liste (Mängelliste) aufzuführen.

(5) Der Besteller ist verpflichtet, eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben durch den Gutachter zu gestatten. Verweigert er die Untersuchung, wird vermutet, dass das zu untersuchende Werk vertragsgemäß hergestellt worden ist; die Bescheinigung nach Absatz 1 ist zu erteilen und hat die Feststellung zu enthalten, dass wegen der Weigerung des Bestellers eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben nicht möglich war.

(6) Dem Besteller ist vom Gutachter eine Abschrift der Bescheinigung zu erteilen. In Ansehung von Fristen und Zinsen treten die Wirkungen der Bescheinigung erst mit ihrem Zugang beim Besteller ein.“

5. Nach § 641a wird folgender § 641b eingefügt:

„§ 641b
Einwände aus der Mängelliste

Der Besteller kann die Zahlung verweigern, wenn die in der Mängelliste aufgeführten Mängel nach Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten ihrer Beseitigung, wie sie aus der Mängelliste hervorgehen, wesentlich sind.“

6. § 648a wird wie folgt gefasst:

„§ 648a
Bauhandwerkersicherung

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, und in diesem Umfang auch für Ansprüche, die an ihre Stelle treten, verlangen, auch wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann. Aufrechenbare Ansprüche des Bestellers bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Ver-

gütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch einen tauglichen Bürgen oder eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach Absatz 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. Es wird vermutet, dass der Schaden 5 Prozent der noch nicht verdienten Vergütung beträgt.

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 und 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam. Im Übrigen kann von den vorstehenden Absätzen nicht zum Nachteil des Unternehmers abgewichen werden.“

7. Nach § 648a wird folgender § 648b eingefügt:

„§ 648b
Baugeldsicherung

(1) Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung seiner Baugeldgläubiger zu verwenden. Baugeld sind Beträge, die

1. zum Zwecke der Bestreitung der Kosten für die Herstellung eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon (Bau) gewährt werden und zu deren Sicherung eine Hypothek oder Grundschuld bestellt wird,
2. von einer juristischen Person als Zuschuss oder zinsverbilligtes Darlehen zur Bestreitung der Kosten für die Herstellung eines Baus gewährt werden oder
3. an eine Person, die an der Herstellung des Baus auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt ist, zur Befriedigung ihrer Forderungen aus diesem Vertrag gezahlt werden.

Die Verpflichtung nach Satz 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist. Baugeldgläubiger sind Personen, mit denen der Empfänger von Baugeld einen auf die Herstellung eines Baus bezogenen Werk-, Dienst- oder Kaufvertrag geschlossen hat mit Ausnahme von Arbeitnehmern im Sinne von § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes.

(2) Der Empfänger von Baugeld, der seinerseits Personen zur Herstellung des Baus verpflichtet hat, wird von seiner Verpflichtung nach Absatz 1 Satz 1 frei, soweit er Baugeldgläubiger bereits aus anderen Mitteln befriedigt hat. Ist der Empfänger von Baugeld selbst an der Herstellung des Baus beteiligt, wird er in Höhe von 70 Prozent der vertraglich vereinbarten Vergütung seiner zur Herstellung des Baus erbrachten Leistung von der Verpflichtung nach Absatz 1 Satz 1 frei. Ist eine Vergütung nicht vereinbart, gilt § 632 Abs. 2 entsprechend.

(3) Verletzt der Empfänger von Baugeld schuldhaft die ihm nach Absatz 1 Satz 1 obliegende Pflicht, ist er insoweit den Baugeldgläubigern zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet; das Gleiche gilt, wenn ein Baubetreuer die ihm nach Absatz 1 Satz 1 und 3 obliegende Pflicht schuldhaft verletzt. Ist der Empfänger von Baugeld oder der Baubetreuer eine juristische Person, richtet sich der Anspruch auch gegen deren vertretungsberechtigtes Organ oder, wenn dieses aus mehreren Personen besteht, gegen das handelnde Mitglied dieses Organs.

(4) Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, gegenüber den Baugeldgläubigern auf Verlangen Rechenschaft über die vereinnahmten und verausgabten Baugelder abzulegen.

(5) Die Absätze 1 bis 4 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.“

8. Dem § 649 wird folgender Satz 3 angefügt:

   „Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 Prozent der vereinbarten noch nicht verdienten Vergütung zustehen.“

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird folgender § 8 angefügt:

„§ 8
Überleitungsvorschrift zum Forderungssicherungsgesetz

Die Vorschriften der §§ 632a bis 632e, 641 bis 641b und 648a bis 649 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung sind nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach diesem Tag entstanden sind.“

Artikel 3

Änderung der Zivilprozessordnung

Die Zivilprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. § 227 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 wird wie folgt gefasst:

   „5. Bausachen, wenn ein Voraburteil beantragt ist oder über die Fortsetzung eines angefangenen Baus gestritten wird,“.

2. § 301 wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 1 Satz 1 wird der Punkt am Satzende durch ein Komma ersetzt und folgender Halbsatz angefügt:

      „sofern dies nicht nach Lage der Sache unangemessen ist.“

   b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

      „(2) Die Parteien können den Erlass eines Teilurteils beantragen. Liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vor, ist der Antrag durch Beschluss zurückzuweisen. Der Beschluss bedarf keiner Begründung.“

   c) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 angefügt:

      „(3) Ein Rechtsmittel kann nicht darauf gestützt werden, dass ein Teilurteil nicht erlassen worden ist.“

3. Der Dritte Titel des Zweiten Buches, Erster Abschnitt wird wie folgt geändert:

   a) Die Überschrift erhält folgende Fassung:

      „Dritter Titel
      Versäumnisurteil und Voraburteil in Bausachen“.

   b) Der bisherige Wortlaut wird der Erste Untertitel und erhält folgende Überschrift:

      „Erster Untertitel
      Versäumnisurteil“

   c) Nach § 347 wird folgender Zweiter Untertitel eingefügt:

      „Zweiter Untertitel
      Voraburteil in Bausachen

§ 347a
Voraburteil

Zur Sicherung der Ansprüche aus Verträgen über die Errichtung eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon auf Vergütung, auf Vorschuss oder auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln und auf Schadensersatz kann im ersten Rechtszug auf Antrag des Klägers eine gerichtliche Zahlungsanordnung (Voraburteil) ergehen. Der Antrag kann schon in der Klageschrift gestellt werden.

§ 347b
Vorbereitung des Termins

(1) Das Gericht bestimmt alsbald einen umfassend vorbereiteten Termin zur Güteverhandlung (§ 278 Abs. 2), zur mündlichen Verhandlung, zur Beweisaufnahme und über den Erlass eines Voraburteils. § 273 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden. Das Gericht kann insbesondere anordnen, dass der Termin als Ortstermin zur Einnahme des Augenscheins und unter Hinzuziehung von Sachverständigen stattfindet (§ 144).

(2) Das Gericht kann von der Bestimmung eines Termins nach Absatz 1 absehen und den Antrag auf Erlass eines Voraburteils durch zu begründenden Beschluss zurückweisen, wenn nach den Umständen, insbesondere wegen der rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten der Sache, der Erlass eines Voraburteils nicht in Betracht kommt. Der Beschluss ist unanfechtbar.

§ 347c
Weiteres Verfahren

(1) Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, hat das Gericht nach den §§ 300 bis 329 durch Urteil zu entscheiden.

(2) Ist nach dem Sach- und Streitstand der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif, erlässt das Gericht unter Berücksichtigung der bisherigen Verhandlung und Beweisaufnahme ein Voraburteil in dem Umfang, wie es billigem Ermessen entspricht. Das Gericht soll die seine Entscheidung tragenden Erwägungen in den Urteilsgründen erläutern; § 313a Abs. 1 ist entsprechend anzuwenden. Das Voraburteil ergeht unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Endentscheidung. Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, kann die Ergänzung des Urteils nach § 321 beantragt werden.

(3) Das Gericht kann auch nach Beweisaufnahme den Antrag auf Erlass eines Voraburteils zurückweisen, wenn es dessen Erlass aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht für angemessen erachtet. § 347b Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden.

§ 347d
Vorläufige Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung

Das Voraburteil ist gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, bis es durch rechtskräftige Endentscheidung außer Kraft tritt oder nach § 347e Abs. 2 Satz 1 einem rechtskräftigen Endurteil gleichsteht. Die §§ 710 und 712 Abs. 2 sind nicht anzuwenden.

§ 347e
Fortsetzung des Rechtsstreits

(1) Das Voraburteil ist unanfechtbar. Jede Partei kann binnen einer Notfrist von drei Monaten, die mit der Zustellung des Voraburteils beginnt, durch Einreichen eines Schriftsatzes beim Gericht die Fortsetzung des Rechtsstreits beantragen. Ein verspätet gestellter Antrag ist durch Beschluss des Gerichts als unzulässig zu verwerfen. Der Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.

(2) Wird der Antrag nach Absatz 1 nicht gestellt oder verzichten beide Parteien durch schriftliche Anzeige an das Gericht auf die Fortsetzung des Rechtsstreits, steht das Voraburteil einem rechtskräftigen Endurteil gleich. Die Geschäftsstelle hat auf Antrag ein Zeugnis über den Eintritt dieser Wirkung auszustellen.

(3) Die Parteien sind mit der Zustellung des Voraburteils über die Folgen der Versäumung der in Absatz 1 Satz 2 bestimmten Frist zu belehren.

§ 347f
Neue Entscheidung

(1) Mit Eintritt der Rechtskraft der Endentscheidung tritt das Voraburteil außer Kraft. Erlässt das Gericht ein Teilurteil nach § 301, hat es darin auszusprechen, ob und in welchem Umfang das Voraburteil in Bezug auf den Teil des Streitgegenstandes aufrechterhalten bleibt, über den nicht im Teilurteil entschieden worden ist.

(2) In der Kostenentscheidung kann das Gericht die durch das Voraburteil entstandenen Kosten der obsiegenden Partei ganz oder teilweise auferlegen, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie bis zum Termin gemäß § 347b geltend zu machen im Stande war und das bei der Entscheidung über den Erlass eines Voraburteils hätte berücksichtigt werden können.

(3) § 717 gilt entsprechend.“

4. Nach § 750 wird folgender § 750a eingefügt:

„§ 750a
Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung

(1) Auf Antrag des Gläubigers kann das Gericht anordnen, dass der Schuldner in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei zur Aufenthaltsermittlung ausgeschrieben wird, wenn er glaubhaft macht, dass er ohne die Ausschreibung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zur Vollstreckung eines Titels im Sinne des § 704 Abs. 1, des § 794 Abs. 1 und des § 801, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 3 000 Euro zu Grunde liegt, in der Lage wäre. Die Anordnung erfolgt durch Beschluss des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Sie unterbleibt, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls unangemessen wäre. Eine Öffentlichkeitsfahndung und eine internationale Fahndung sind unzulässig.

(2) Die polizeilichen Vollzugsorgane teilen das Ergebnis ihrer Ermittlungen dem Gericht und dem Gläubiger mit.

(3) Die Anordnung nach Absatz 1 ist aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht mehr vorliegen. Der Gläubiger hat dem Gericht unverzüglich den Wegfall der Voraussetzungen des Absatzes 1 mitzuteilen.“

5. Dem § 756 Abs. 1 werden folgende Sätze angefügt:

„Der Nachweis der Befriedigung des Schuldners kann auch durch die Bescheinigung eines Gutachters erbracht werden, wenn die Zug um Zug zu bewirkende Leistung des Gläubigers in einer Nacherfüllung besteht. § 641a Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.“

6. Dem § 765 wird folgender Satz angefügt:

„§ 756 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“

7. § 909 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Unter den Voraussetzungen des § 750a Abs. 1 Satz 1 darf das Gericht auf Antrag des Gläubigers zur Vollstreckung des Haftbefehls die Ausschreibung zur Festnahme anordnen. Mit dem Antrag hat der Gläubiger dem Gericht den Haftbefehl vorzulegen. § 750a Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2 und 3 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die Mitteilung der Verhaftung gegenüber dem Gericht unverzüglich zu erfolgen hat. Bei der Verhaftung ist dem Schuldner durch die polizeilichen Vollzugsorgane vorläufig mitzuteilen, weshalb er verhaftet wird. Das Gericht veranlasst unverzüglich nach Mitteilung der Verhaftung des Schuldners die Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Haftbefehls an den Schuldner.“

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

8. In § 933 Satz 1 wird die Angabe „913“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910 bis 913“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In § 98 Abs. 3 Satz 1 wird die Angabe „910“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910“ ersetzt.

2. § 107 Abs. 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Hat vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft und vom Verkäufer den Besitz an der Sache erlangt oder wurde auf dem Grundstück des Schuldners eine bewegliche Sache als wesentlicher Be-

standteil unter Eigentumsvorbehalt durch einen Unternehmer verbunden, so braucht der Insolvenzverwalter, den der Verkäufer oder Unternehmer zur Ausübung des Wahlrechts aufgefordert hat, die Erklärung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 erst unverzüglich nach dem Berichtstermin abzugeben.“

Artikel 5

Änderung des Gerichtskostengesetzes

Anlage 1 zum Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3047), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

Nach Nummer 1647 wird folgende Nummer 1648 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebührenbetrag oder Satz der Gebühr nach § 11 Abs. 2 GKG
„1648	Verfahren über Anträge auf Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung oder Festnahme gemäß §§ 750a, 909 Abs. 2 ZPO	30 EUR“

Artikel 6

Änderung der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte

In § 37 Nr. 3 der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 368-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch … geändert worden ist, werden nach dem Wort „Zwischenstreite“ ein Komma und die Wörter „Verfahren zum Erlass eines Voraburteils“ eingefügt.

Artikel 7

Änderung des Straßenverkehrsgesetzes

Dem § 39 des Straßenverkehrsgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 9231-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch … geändert worden ist, wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Absatz 3 Satz 1 gilt entsprechend, wenn der Empfänger unter Angabe von Fahrzeugdaten oder Personalien des Halters glaubhaft macht, dass er die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne des § 704 Abs. 1, des § 794 Abs. 1, des § 801 der Zivilprozessordnung, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 600 Euro zu Grunde liegt, benötigt.“

Artikel 8

Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch

Das Zehnte Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2001 (BGBl. I S. 130), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 64 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

   „Abweichend von Satz 1 hat der Empfänger für die Entscheidung über eine Auskunft nach § 68a eine Gebühr von 5 Euro zu entrichten.“

2. Nach § 68 wird folgender § 68a eingefügt:

   „§ 68a
   Übermittlung für die Vollstreckung privatrechtlicher Titel

   (1) Die Anschrift eines Betroffenen und sein derzeitiger oder zukünftiger Aufenthalt dürfen übermittelt werden, wenn der Empfänger unter Angabe der Personalien des Betroffenen glaubhaft macht, dass er

   1. die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne des § 704 Abs. 1, des § 794 Abs. 1, des § 801 der Zivilprozessordnung, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 600 Euro zu Grunde liegt, benötigt,
   2. ohne Kenntnis dieser Daten zur Vollstreckung des Anspruchs nicht in der Lage wäre und
   3. die Daten auf andere Weise entweder nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erlangen könnte.

   Dies gilt nur, soweit kein Grund zu der Annahme besteht, dass dadurch schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden, und wenn das Ersuchen nicht länger als sechs Monate zurückliegt. § 68 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 gilt entsprechend.

   (2) § 41 Abs. 2 des Straßenverkehrsgesetzes ist entsprechend anzuwenden.“

Artikel 9

Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Der Überschrift wird die Abkürzung „(GmbHG)“ angefügt.
2. § 6 Abs. 2 wird wie folgt geändert:

   a) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

      „Wer wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283e des Strafgesetzbuches, den §§ 399 bis 401 Abs. 1 des Aktiengesetzes oder den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 dieses Gesetzes oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Straftat nach den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuches verurteilt worden ist, kann auf die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils nicht Geschäftsführer sein; in die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.“

b) Nach Satz 4 wird folgender Satz angefügt:

„Gesellschafter, die vorsätzlich oder fahrlässig eine Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, zum Geschäftsführer bestellen oder nicht abberufen oder ihr tatsächlich die Führung der Geschäfte überlassen, haften der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt.“

Artikel 10

Änderung des Aktiengesetzes

§ 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„Wer wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283e des Strafgesetzbuches, den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder den §§ 399 bis 401 Abs. 1 dieses Gesetzes oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Straftat nach den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuches verurteilt worden ist, kann auf die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils nicht Mitglied des Vorstands sein; in die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.“

Artikel 11

Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz

Nach § 26d des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1185), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird folgender § 26e eingefügt:

„§ 26e
Übergangsregelung für die Leitung
der Aktiengesellschaft

§ 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes in der vom [einfügen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] an geltenden Fassung ist auf Verurteilungen wegen Straftaten nach den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder den §§ 399 bis 401 Abs.1 des Aktiengesetzes oder den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuches, die vor diesem Tage rechtskräftig geworden sind, nicht anzuwenden.“

Artikel 12

Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

Nach § 283d wird folgender § 283e eingefügt:

„§ 283e
Benachteiligung von Baugeldgläubigern

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Empfänger von Baugeld bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit entgegen § 648b Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Abs. 2 und 3, des Bürgerlichen Gesetzbuchs Baugeld nicht zur Befriedigung seiner Baugeldgläubiger verwendet.

(2) § 283 Abs. 6 gilt entsprechend.“

Artikel 13

Aufhebung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen

(1) Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichen bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird aufgehoben.

(2) Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen ist abweichend von Absatz 1 weiter anzuwenden, sofern die Pflicht zur Verwendung von Baugeld und die Pflicht zur Führung des Baubuchs vor dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes begründet wurden.

Artikel 14

Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung

In § 10 Abs. 6 der Makler- und Bauträgerverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. November 1990 (BGBl. I S. 2479), die zuletzt durch … geändert worden ist, wird die Angabe „und die §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung in der jeweils geltenden Fassung“ gestrichen.

Artikel 15

Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang

Der auf Artikel 14 beruhende Teil der dort geänderten Rechtsverordnung kann auf Grund der einschlägigen Ermächtigung durch Rechtsverordnung geändert werden.

Artikel 16

Änderung sonstiger Vorschriften

1. Die Abgabenordnung vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 613, 1977 I S. 269), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:
   a) In § 284 Abs. 8 Satz 2 wird die Angabe „909 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2“ durch die Angabe „909 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3“ ersetzt.
   b) In § 334 Abs. 3 Satz 2 wird die Angabe „909 und 910“ durch die Angabe „909 Abs. 1 und 3 sowie § 910“ ersetzt.

2. In § 15 Satz 1 des Ausführungsgesetzes zum deutsch-österreichischen Konkursvertrag vom 8. März 1985 (BGBl. I S. 535), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird die Angabe „913“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910 bis 913“ ersetzt.

3. Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

   a) In § 33 Abs. 3 Satz 5 wird die Angabe „909 Abs. 1 und 2“ durch die Angabe „909 Abs. 1 und 3“ ersetzt.

   b) In § 83 Abs. 2 wird die Angabe „910, 912“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, § 910“ ersetzt.

4. In § 6 Abs. 1 Nr. 1 der Justizbeitreibungsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 365-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch … geändert worden ist, wird die Angabe „910“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, § 910“ ersetzt.

5. In § 90 Abs. 3 Satz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird die Angabe „910“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, § 910“ ersetzt.

6. In § 463b Abs. 3 Satz 2 der Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch … geändert worden ist, wird die Angabe „910“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, § 910“ ersetzt.

7. In § 16 Abs. 3 des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 201-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch … geändert worden ist, wird die Angabe „911“ durch die Angabe „908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910 und 911“ ersetzt.

Artikel 17

Überleitungsvorschrift zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

(1) § 6 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der vom Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes an geltenden Fassung ist auf Verurteilungen wegen der §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder der §§ 399 bis 401 Abs.1 des Aktiengesetzes oder der §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuches, die vor dem Tag des Inkrafttretens des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig werden, nicht anzuwenden.

(2) § 6 Abs. 2 Satz 5 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist hinsichtlich Obliegenheitsverletzungen, die vor dem Tag des Inkrafttretens des Forderungssicherungsgesetzes erfolgt sind, nicht anzuwenden.

Artikel 18

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 16. April 2002

Dr. Michael Luther
Manfred Grund
Günter Nooke
Ulrich Adam
Klaus Brähmig
Hartmut Büttner (Schönebeck)
Wolfgang Dehnel
Kurt-Dieter Grill
Dr.-Ing. Rainer Jork
Ulrich Klinkert
Werner Kuhn
Friedrich Merz, Michael Glos und Fraktion

Peter Letzgus
Hans Michelbach
Norbert Otto (Erfurt)
Christa Reichard (Dresden)
Katherina Reiche
Hans-Peter Repnik
Dr. Rupert Scholz
Gerhard Schulz
Margarete Späte
Michael Stübgen
Andrea Voßhoff

Begründung

A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

Viele Unternehmen, insbesondere das Baugewerbe in den neuen Ländern, befinden sich in einer schwierigen wirtschaftlichen Situation. Hierzu hat wesentlich beigetragen, dass Handwerkern und mittelständischen Unternehmern in den letzten Jahren mehrere Milliarden Mark durch uneinbringliche Forderungen verloren gegangen sind. Nach wie vor klagen viele Unternehmen über erhebliche Außenstände mit der Folge von zum Teil existenzbedrohenden Liquiditätsengpässen. Begünstigt wurde die zunehmende Verschlechterung des Zahlungsverhaltens auch durch strukturelle Schwächen des geltenden Werkvertrags-, Zivilverfahrens- und Vollstreckungsrechts sowie des Aktien- und des GmbH-Rechts:

1. Die Regelung des § 632a BGB über Abschlagszahlungen kommt in der Praxis häufig deshalb nicht zum Tragen, weil ein „in sich abgeschlossener Teil des Werks“ nicht gegeben ist oder Unklarheit herrscht, wie diese Anspruchsvoraussetzung aufzufassen ist.

2. Die Sicherung der Bauhandwerker für ihre Vorleistungen ist nach geltendem Recht immer noch unzureichend. Nach § 946 BGB erstreckt sich das Eigentum an einem Grundstück auch auf bewegliche Sachen, die mit dem Grundstück in der Weise verbunden werden, dass sie wesentliche Bestandteile des Grundstücks werden. Ein etwaiger Eigentumsvorbehalt erlischt mit der Verbindung.

3. § 641 Abs. 2 BGB sieht die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Subunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer dann vor, wenn der Bauherr an den Generalunternehmer gezahlt hat. Diese Vorschrift geht für den Subunternehmer insoweit ins Leere, als er keine Kenntnis davon erlangen kann, ob entsprechende Zahlungen erfolgt sind. Der Generalunternehmer kann dem Vergütungsverlangen des Subunternehmers leicht den nicht überprüfbaren Einwand entgegenhalten, der Besteller habe noch nicht gezahlt. Einen eigenen Auskunftsanspruch gegen den Dritten hat der Unternehmer nicht.

4. Das mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in § 641a BGB eingeführte Rechtsinstitut der Fertigstellungsbescheinigung soll dem Unternehmer eine rasche Titulierung seines Vergütungsanspruchs im Urkundenprozess (§§ 592 ff. ZPO) ermöglichen. Gleichzeitig soll den Vertragsparteien im Falle des Vorhandenseins von Mängeln eine Grundlage für deren Beurteilung an die Hand gegeben werden. § 641a BGB erscheint für die Vertragspraxis zu umständlich und wenig handhabbar, um damit den vom Gesetzgeber beabsichtigten besseren Schutz der Handwerker zu gewährleisten. Die bisher vorliegenden praktischen Erfahrungen mit diesem Rechtsinstitut haben gezeigt, dass insbesondere mittelständische und kleinere Handwerksbetriebe mit der Anwendung des § 641a BGB regelmäßig überfordert sind.

   Auch den Gutachtern bereitet die Anwendung dieser Vorschrift insoweit Schwierigkeiten, als nach dem Gesetzeswortlaut eine Fertigstellungsbescheinigung mit dem Inhalt, dass das Werk frei von Mängeln sei, auch dann erteilt werden soll, wenn der Gutachter das Werk aufgrund der Weigerung des Bestellers gar nicht in Augenschein nehmen konnte. Im Übrigen ist die gesetzgeberische Wertung in § 640 Abs. 1 Satz 2 einerseits und § 641a BGB andererseits widersprüchlich. Während der Besteller die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigern kann, darf der Gutachter die Fertigstellungsbescheinigung nur dann erteilen, wenn das Werk „frei von Mängeln“ ist. Darüber hinaus ist die Haftung des Gutachters auch für leichte Fahrlässigkeit ein Grund dafür, dass das Institut der Fertigstellungsbescheinigung bisher keine Bedeutung erlangt hat.

5. § 648a BGB, der durch das am 1. Mai 1993 in Kraft getretene Bauhandwerkersicherungsgesetz geschaffen wurde, gewährt dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Besteller innerhalb einer ihm zu setzenden Frist dem Verlangen auf Bestellung einer Sicherheit für den voraussichtlichen Vergütungsanspruch nicht nachkommt.

   Die in diese gesetzliche Neuregelung gesetzten Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Zum einen machen gerade „kleinere“ Unternehmen hiervon keinen Gebrauch, da sie damit rechnen müssen, dass sie ansonsten von einem „größeren“ Auftraggeber nicht mehr mit Zusatz- oder Folgeaufträgen bedacht werden oder der Vertrag gekündigt wird. Zum anderen ist derzeit unklar, ob die Bauhandwerkersicherung, ohne dass es auf Mängelrechte des Bestellers ankommt, auch für die Zeit nach der Abnahme verlangt werden kann.

6. Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen (BauFG), das neben dem Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB den vorleistungspflichtigen Bauhandwerker schützen soll, hat dieses Ziel im Wesentlichen nicht erreicht.

   Der Zweite Abschnitt des BauFG (Dingliche Sicherung der Bauforderungen) ist nicht anwendbar, da die nach § 9 BauFG erforderlichen landesrechtlichen Bestimmungen nicht erlassen worden sind. Vorgesehen war ein komplexes und zeitaufwändiges Sicherungsverfahren, das auf die Zurückdrängung von Vorbelastungen auf dem Baugrundstück abzielte und an dem regelmäßig drei staatliche Einrichtungen – Baugenehmigungsbehörde, Grundbuchamt und ein eigens zu errichtendes Bauschöffenamt – zu beteiligen waren. Die Baugenehmigung sollte unter anderem erst nach Eintragung eines rangwahrenden Bauvermerks zu Gunsten aller künftigen „Baubeteiligten“ erteilt werden dürfen. Der Bauvermerk sollte nur auf Ersuchen des Bauschöffenamtes gelöscht werden können, wenn dieses nach einem förmlichen Anmeldeverfahren festgestellt hatte, dass keine unbeglichenen Bauforderungen mehr vorhanden sind, oder wenn es im Umfang der angemeldeten unbeglichenen Bauforderungen die Eintragungen einer Bauhypothek erwirkt hatte. Aus heutiger Sicht kann eine derartige verfahrensmäßige Ausgestaltung, die den lückenlosen Schutz pri-

vater Interessen zur behördlichen Aufgabe erklärt und alle Baumaßnahmen ohne Ernstfallbezug ausnahmslos belastet, nicht befürwortet werden.

Der Erste Abschnitt des BauFG (Allgemeine Sicherungsmaßregeln) ist zwar geltendes Recht. Die darin enthaltenen Bestimmungen über die Baugeldverwendungspflicht, die Pflicht zur Führung eines Baubuchs sowie über die Schadensersatzhaftung im Falle der Verletzung dieser Pflichten sind weitgehend unbekannt geblieben und spielen in der Praxis keine Rolle.

7. Die oftmals lange Dauer eines gerichtlichen Verfahrens in Bausachen führt häufig dazu, dass der Gläubiger aus einem Titel nicht mehr vollstrecken kann, weil letztlich beim Schuldner kein pfändbares Vermögen mehr vorhanden ist.

   Ein Schuldner, der nicht willens oder in der Lage ist, eine Vergütungsforderung zu bezahlen, erreicht schon dadurch eine Zahlungsverzögerung, dass er gegen die Vergütungsklage tatsächlich nicht oder nicht in diesem Umfang bestehende Mängel einwendet (so genannter Justizkredit). Denn das Gericht muss diesem Vorbringen wegen der Verpflichtung zur Erschöpfung des gesamten Sach- und Streitstoffes im Einzelnen nachgehen.

   Das geltende Recht sieht in § 301 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Teilurteil zu erlassen hat. Hiervon kann es allerdings absehen, wenn es nach seinem nicht überprüfbaren Ermessen den Erlass eines Teilurteils nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet. Der Erlass des Teilurteils soll demnach bei Vorliegen der Voraussetzungen die Regel sein (Thomas in Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 23. Auflage, § 301 Rn. 4). Die Praxis macht aber von dieser Möglichkeit nur wenig Gebrauch. Die Schätzungen reichen von weniger als 2 % bis zu 5 % (vgl. Musielak in Festschrift für Lüke, 1997 S. 561 [562 Fn. 5]). Diese allzu große Zurückhaltung der Rechtsprechung, die auch teilweise in der Literatur beklagt wird (vgl. Schneider, MDR 1976, S. 93; Musielak in Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, § 301 Rn. 18; Fenge in Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung, § 301 Rn. 4; Leipold in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, § 301 Rn. 15 Fn. 88), führt dazu, dass der Klagepartei ein möglicher – frühzeitiger – Vollstreckungstitel vorenthalten wird.

8. Oftmals sind Gläubiger nicht in der Lage, einen titulierten Anspruch tatsächlich durchzusetzen, da ihnen der Aufenthaltsort des Schuldners nicht bekannt ist. Teilweise versuchen Schuldner, sich der Vollstreckung zu entziehen, indem sie häufig ihren Aufenthaltsort wechseln und ihrer Meldepflicht nach den Meldegesetzen nicht nachkommen. Die Möglichkeiten der Gläubiger, den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln, sind nach dem geltenden Recht beschränkt. Neben – oftmals aufwändigen und teuren – privaten Nachforschungen (beispielsweise eigene Erkundigungen des Gläubigers im privaten und beruflichen Umfeld des Schuldners bis hin zur Einschaltung von Privatdetekteien) bleibt nur die Möglichkeit, eine Auskunft nach den Meldegesetzen zu beantragen.

9. Der Gesetzgeber hat im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und im Aktiengesetz (AktG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Mitglied des Vorstands normiert. Personen, die eine Insolvenzstraftat des Bankrotts, des besonders schweren Falls des Bankrotts, der Verletzung der Buchführungspflicht, der Gläubiger- oder der Schuldnerbegünstigung gemäß den §§ 283 bis 283d StGB begangen haben und deswegen rechtskräftig verurteilt wurden, sind nach diesen Bestimmungen von Gesetzes wegen für fünf Jahre von der Geschäftsführertätigkeit und von der Tätigkeit als Vorstandsmitglied ausgeschlossen.

   In den letzten Jahren ist die Anzahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaften sowie deren volkswirtschaftliche Bedeutung deutlich gestiegen. Die Entwicklung an den Aktienmärkten sowie die angekündigten Steuererleichterungen und Befreiungen für Gesellschaftsumwandlungen, Beteiligungen und Zusammenschlüsse werden dazu beitragen, dass sich auch künftig Unternehmen verstärkt für die Gründung einer solchen Gesellschaft oder Umwandlung ihres bestehenden Betriebes in eine GmbH oder AG entscheiden werden. Hinzu kommt, dass die Unternehmen sich durch Beteiligungen und Fusionen vergrößern und damit ihre Bedeutung im Wirtschaftsleben zunehmen wird. An die Zuverlässigkeit der vertretungsberechtigten Personen einer solchen Gesellschaft sind daher besonders hohe Anforderungen zu stellen. Sowohl die von diesen Personen vertretenen Gesellschaften als auch deren Vertragspartner müssen darauf vertrauen können, dass sie mit integeren Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern zusammenarbeiten.

   Diesem Anforderungsprofil wird die gegenwärtig enge Beschränkung der gesetzlichen Ausschlussgründe auf die genannten Insolvenzstraftaten nicht mehr gerecht.

II. Allgemeine Zielsetzung des Entwurfs

1. Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks soll nach dem Gesetzentwurf besser vor Forderungsausfällen geschützt werden.

Dieses Ziel soll durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

a) Einführung eines Eigentumsvorbehalts zugunsten des Bauhandwerkers

   aa) Allgemeines

   Grundlage für die Eigentumszuordnung von Bestandteilen bei Verbindung, Verarbeitung und Vermischung mit beweglichen und unbeweglichen Sachen sind die §§ 93 bis 95 BGB und die §§ 946 bis 951 BGB. Die gesetzlichen Regelungen sollen dabei verschiedene Zwecke verfolgen:

   - Es soll größtmögliche Klarheit über die Zuordnung der Eigentumsrechte geschaffen werden.
   - Es soll ein Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Beteiligten bewirkt werden.

Die in den §§ 946 ff. BGB angeordneten Rechtsfolgen treten kraft Gesetzes ein und bilden einen Fall originären Eigentumserwerbs. Ihr Eintritt ist unabhängig von der Willenslage der beteiligten Parteien; ob eine Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung vorliegt, soll allein nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden.

bb) Abdingbarkeit der §§ 946 ff. BGB?

Der Gesetzgeber ging vom zwingenden Charakter der in den §§ 946 ff. BGB getroffenen Regelungen aus (vgl. Staudinger-Wiegand, Vorbemerkung zu den §§ 946 ff. Rn. 5). In der Folgezeit wurde immer wieder diskutiert, inwieweit die §§ 946 ff. BGB dispositiv sein können. Grundlage der Diskussion war stets die Erwägung, dass die §§ 946 ff. BGB einem Interessenausgleich dienen sollten. Wenn nun aber der gesetzliche Interessenausgleich nicht dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner entspricht, ist nicht einsehbar, warum dann nicht der übereinstimmende Wille der gesetzlichen Wertung vorgehen soll. Zudem führen die gesetzlichen Vorschriften keineswegs zu leicht durchschaubaren Eigentumsverhältnissen; es bleiben erhebliche Zweifel beispielsweise bei den §§ 946, 93 bis 95 BGB. Nach dieser Auffassung käme der gesetzlichen Regelung nur subsidiäre Funktion zu, sofern keine Parteivereinbarung getroffen wird.

Nach heute herrschender Meinung wird jedoch insbesondere § 946 BGB im Hinblick auf die notwendige Eindeutigkeit der Rechtsverhältnisse bei Grundstücken allgemein als zwingend betrachtet. Der Eigentumserwerb infolge Verbindung ist zwingend und kann nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Daher erlischt ein Eigentumsvorbehalt an Sachen, die wesentliche Bestandteile geworden sind (vgl. Staudinger-Wiegand, § 946 Rn. 10 m. w. N.). Jedoch sollen die Wirkungen des § 946 BGB dann nicht eintreten, wenn die Sachen nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden wurden. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich allein nach dem inneren Willen des Verbindenden/Einfügenden und nicht des Eigentümers (subjektives Element); dieser Wille muss aber mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt vereinbar sein (objektives Element). Die kaum übersehbare Vielfalt der hierzu ergangenen Entscheidungen zeigt die Abgrenzungsschwierigkeiten, die die gerichtliche Praxis mit der geltenden Regelung hat (Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 93 Rn. 5 und 6). Das Abstellen auf die Willensrichtung des Verbindenden und auf die Verkehrsauffassung ist die „offene Flanke“, die die jetzigen gesetzlichen Regelungen aufweisen und die nicht selten zu massiven Unsicherheiten über die Eigentumsverhältnisse führen.

cc) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die §§ 946 ff. BGB bei ihrer praktischen Anwendung und dogmatischen Ausformung erhebliche Rechtsunsicherheiten und Inkonsequenzen hervorgerufen haben, die es auch aus sachenrechtlicher Sicht vertretbar erscheinen lassen, für den Handwerker einen Eigentumsvorbehalt ausdrücklich zuzulassen. Sachenrechtlich findet durch die nach Artikel 1 einzuführenden §§ 632b bis 632e BGB kein Systembruch statt. Vielmehr ist es nur die konsequente Fortsetzung von bislang bereits vorhandenen Tendenzen in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur.

Dass die Entfernung von verbundenen Sachen durch den Handwerker weder ein sachenrechtlicher noch ein schuldrechtlicher Fremdkörper in unserer Rechtsordnung ist, zeigt auch folgende Fallkonstellation:

Ein Handwerker baut in das Haus des Bestellers zum Zwecke der Herstellung des Werkes ihm gehörende Sachen als wesentliche Bestandteile ein. Nach jetziger Rechtslage verliert er nach § 946 BGB das Eigentum daran. Zeigt sich nach Fertigstellung oder bereits vorher, dass das Werk mangelhaft ist, so ist der Handwerker zur Nacherfüllung verpflichtet (§ 635 BGB). Ist die Nacherfüllung nur durch Neuherstellung möglich, so ist der Handwerker zu dieser Neuherstellung verpflichtet. Zu diesem Zweck ist der Handwerker berechtigt und verpflichtet, die in das Eigentum des Grundeigentümers übergegangene Sache wieder zu entfernen und durch eine neue zu ersetzen. Dazu ist er nach Werkvertragsrecht bei entsprechendem Anlass vor der Abnahme jederzeit ohne Zustimmung des Eigentümers in der Lage, soweit dieser auch Besteller ist, ferner nach der Abnahme, wenn Nacherfüllung verlangt wird und die Neuherstellung nach Entfernung in diesem Zusammenhang erforderlich ist. Der Rückerwerb bei Austausch erfolgt dabei nach den §§ 929 f. BGB (vgl. zu dieser Fallkonstellation Münchner Kommentar – Quack, § 946 Rn. 10 und 13). In der Regel wird man diesen Rückerwerb nur im Wege einer Fiktion annehmen können, denn ausdrückliche Vereinbarungen werden hierzu zwischen Handwerker und Besteller kaum getroffen werden. Die konkludente Eigentums(rück)übertragung durch den Besteller wird regelmäßig in seinem fehlenden Interesse an einem mangelhaften Werk zu sehen sein.

Ein anderes Beispiel illustriert, dass auch nach heutiger Rechtlage bereits an eingebauten Sachen ein Eigentumsvorbehalt möglich ist:

Ein Mieter lässt in seine Mietwohnung eine Einbauküche einbauen. Der Unternehmer liefert die Küche unter Eigentumsvorbehalt und baut sie ein. Der Sache nach handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag, weil der Unternehmer verpflichtet ist, das Werk (= die Küche) aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. § 651 BGB verweist hier (auch bei nicht vertretbaren Sachen) auf den § 449 BGB (vgl. Palandt-Sprau, a. a. O., § 651 Rn. 4). Die Küche ist als Scheinbestandteil im Sinne des § 95 Abs. 2 BGB nicht wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und damit des Grundstücks geworden. Konsequenterweise gibt § 539 Abs. 2 BGB dem Mieter ein Wegnahmerecht. Hätte nun aber der Grundstückseigentümer den Unternehmer mit dem Einbau beauftragt, so hätte dieser nach den §§ 946, 93, 94 BGB sein Eigentum verloren (vgl. das Beispiel in Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Rn. 885). Das Interesse an einer dinglichen Sicherung besteht aber für den Unternehmer sowohl im Fall einer Beauftragung durch den Mieter als auch bei Beauftragung durch den Eigentümer. Die unterschiedliche Behandlung ist ein Wertungswiderspruch.

Gerade diese Beispiele zeigen, dass die Frage der Eigentumsverhältnisse an den verbundenen Gegenständen oftmals keine endgültigen sind. Endgültig werden sie erst,

wenn der Werkvertrag vollständig abgewickelt worden ist. Wenn aber nach der bisherigen Rechtslage der Unternehmer bereits schuldrechtlich und sachenrechtlich zur Entfernung berechtigt und verpflichtet sein kann, ist es nur noch ein kurzer Schritt, um ihm generell die Möglichkeit zu geben, sich das Eigentum vorzubehalten.

dd) Der neue Eigentumsvorbehalt zugunsten des Bauhandwerkers

In Anlehnung an das bislang nur im Kaufrecht geregelte Institut des Eigentumsvorbehalts (§ 449 BGB) soll nunmehr auch dem Unternehmer eines Bauwerks die Möglichkeit eingeräumt werden, sich das Eigentum an den eingebauten Sachen bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorzubehalten. Ferner soll der Bauunternehmer berechtigt sein, den Werkvertrag zu kündigen, wenn der Auftraggeber mit den Zahlungen in Verzug gerät. Der Eigentumsvorbehalt soll lediglich in den Fällen unwirksam sein, in denen die Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde. Zudem ist zum Schutz des Werkbestellers eine allgemeine Billigkeitsregelung vorgesehen, die übermäßige Härten verhindern soll.

Alternativ käme statt der Eigentumsvorbehaltslösung auch die Normierung eines Ausbauanspruchs für den Werkunternehmer in Betracht. Im Hinblick auf die bessere Rechtsposition des Werkunternehmers bei dinglicher Sicherung wurde jedoch der Einführung eines Eigentumsvorbehalts zugunsten des Auftragnehmers der Vorzug gegeben.

b) Modernisierung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen

Die Regelungen des BauFG über die Baugeldverwendung werden in das Bürgerliche Gesetzbuch eingestellt (§ 648b BGB-E), modernisiert und insgesamt praktikabler gestaltet. Die Baubuchführungspflicht (§ 2 BauFG) wird durch einen Auskunftsanspruch ersetzt. Die Strafvorschrift des § 5 BauFG wird in das Strafgesetzbuch übernommen und damit der Kodifizierungsgedanke gefördert.

c) Sonstige Änderungen

Daneben sollen einzelne Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die im Rahmen des am 1. Mai 1993 in Kraft getretenen Bauhandwerkersicherungsgesetzes und des am 1. Mai 2000 in Kraft getreten Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, den Bedürfnissen der Praxis angepasst werden. Zu nennen sind insbesondere die Regelungen des bzw. der

- § 632a BGB (Abschlagszahlungen)
- §§ 641 BGB (Fälligkeit der Vergütung)
- §§ 641a BGB (Fertigstellungsbescheinigung)
- §§ 648a BGB (Bauhandwerkersicherung).

2. Änderung der Zivilprozessordnung

a) Voraburteil

Zur Erleichterung der gerichtlichen Durchsetzung von Geldforderungen in Bausachen sieht der Entwurf als neues Rechtsinstitut eine vorläufige richterliche Zahlungsanordnung (= Voraburteil) vor, die bereits vor Erreichen der Entscheidungsreife aufgrund einer ersten summarischen Prüfung des Sach- und Streitstandes gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen ergehen kann. Das Gericht des ersten Rechtszugs soll ein solches Voraburteil nach billigem Ermessen erlassen können, wenn nach Erörterung des Sach- und Streitstands und gegebenenfalls nach Erhebung der in einem ersten Termin – in der Regel einem Ortstermin – erreichbaren Beweismittel bereits eine summarische Prüfung des Sach- und Streitstands möglich ist.

Dadurch wird säumigen Schuldnern der wirtschaftliche Anreiz genommen, sich in einem Bauprozess durch Verzögerungstaktik einen so genannten Justizkredit zu verschaffen. Außerdem wird der Gläubiger besser vor den Risiken einer während eines lang dauernden Streitverfahrens häufig eintretenden Insolvenz des Schuldners geschützt.

Ein dem Voraburteil verwandtes Rechtsinstitut, das „Interim Payment“, existiert im englischen Recht seit 1969 und hat sich dort bewährt (Leipold/Zuckerman, Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtsschutzes durch summarische Verfahren, 1998, S. 29 und 98). Eine Weiterentwicklung des deutschen Rechts unter Anknüpfung an dieses Rechtsinstitut wurde bereits als empfehlenswert bezeichnet (Leipold a. a. O. S. 37).

Das Verfahren zum Erlass eines Voraburteils ist ein Zwischenverfahren in einem bereits anhängigen Rechtsstreit. Es wird auf Antrag des Klägers eingeleitet und endet in der Regel mit einer richterlichen Entscheidung über einen vorläufigen Titel (das Voraburteil). Das Verfahren soll aber auch zu einer endgültigen Entscheidung durch Urteil führen können, wenn sich nach dem ersten Termin herausstellt, dass der Rechtsstreit aufgrund der Beweiserhebung bereits zur Endentscheidung reif ist. Hierfür sprechen prozessökonomische Gründe. Sobald Entscheidungsreife eingetreten ist, wäre es nicht zweckmäßig, auch jetzt noch lediglich ein Voraburteil zu erlassen, obwohl bereits „durcherkannt“ werden kann.

Darüber hinaus soll das Voraburteil auch dann den Rechtsstreit beenden und einem rechtskräftigen Urteil gleichstehen, wenn keine Partei einen Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits stellt. Durch ein solches Verhalten, über dessen Rechtsfolgen die Parteien zu belehren sind, geben sie zu erkennen, dass sie das Voraburteil als eine für sie verbindliche Entscheidung des Sach- und Streitstands gelten lassen wollen. Die dadurch eintretende Rechtslage entspricht in etwa der im Urkundenprozess nach einer unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren ergangenen Entscheidung, wenn sich an die Entscheidung kein Nachverfahren anschließt.

Wenn eine Partei den Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits stellt, ergeht eine Endentscheidung, mit deren Rechtskraft das gesamte Voraburteil – auch in Bezug auf die Kosten – außer Kraft tritt. In der Endentscheidung ist in jedem Fall über den gesamten Anspruch und die Kosten neu zu befinden. Nur im Fall eines Teilurteils kann das Voraburteil teilweise aufrecht erhalten werden. Eine Aufrechterhaltung des Voraburteils in dem Umfang, in dem es mit der Endentscheidung übereinstimmt, wurde im Entwurf bewusst nicht vorgesehen. Insoweit besteht eine Abweichung von der in den §§ 343, 600 Abs. 2 ZPO geregelten Entscheidung über die Aufrechterhaltung eines Versäumnisurteils

oder eines Vorbehaltsurteils im Urkundenprozess. Die insgesamt neu zu treffende Entscheidung ermöglicht eine einfachere und übersichtlichere Tenorierung. Das Gericht ist bei Erlass der Endentscheidung nicht an das Vorabsurteil gebunden und kann daher die Endentscheidung auch weitgehend unvoreingenommen erlassen.

b) Teilurteil

Des Weiteren soll der Entscheidungsmöglichkeit durch Teilurteil mehr Bedeutung verschafft werden. Dies soll zum einen durch die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des § 301 Abs. 2 ZPO und zum anderen durch das Recht der Parteien, den Erlass eines Teilurteils zu beantragen, erreicht werden. Ein Teilurteil muss danach bei Vorliegen der Voraussetzungen ergehen. Das Gericht soll aber die – als negatives Tatbestandsmerkmal ausgestaltete – Möglichkeit behalten, den Erlass eines Teilurteils – durch Beschluss – abzulehnen, wenn er nach Lage der Sache unangemessen ist.

c) Vollstreckung bei Zug-um-Zug-Leistung

Nach geltendem Recht kann der Gläubiger den Nachweis, dass der Schuldner befriedigt ist, nur mittels einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde führen (§ 756 Halbsatz 2, § 765 Nr. 1 ZPO). Die Bescheinigung eines Sachverständigen ist lediglich eine Privaturkunde. Schuldet der Gläubiger Nacherfüllung, ist es ihm daher verwehrt, den geforderten Nachweis mit einer solchen Bescheinigung zu führen.

Stehen dem Gläubiger keine anderen qualifizierten Nachweismittel zur Verfügung, darf der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung erst beginnen, wenn er dem Schuldner die Gegenleistung angeboten und ihn so in Annahmeverzug gesetzt hat (§ 756 Abs. 1 Halbsatz 1). Besteht die vom Gläubiger zu bewirkende Leistung in einer Nacherfüllung, hat sich der Gerichtsvollzieher vor dem Angebot davon zu überzeugen, dass diese ordnungsgemäß erbracht wurde. Fehlt ihm die dafür erforderliche Sachkunde, was in Bausachen regelmäßig der Fall ist, muss er einen Sachverständigen hinzuziehen. Dieses Verfahren ist umständlich und zeitaufwändig.

Soweit das Vollstreckungsgericht für die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen zuständig ist, ist die Vollstreckung ohne den Nachweis der Befriedigung des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden – abgesehen vom Fall der Annahmeverweigerung – sogar ganz unmöglich (§ 765 ZPO).

Um dem Gläubiger die Durchsetzung eines Titels zu erleichtern, dessen Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Nacherfüllung abhängt, soll er den Nachweis, dass der Schuldner befriedigt ist, auch mittels einer durch einen Sachverständigen ausgestellten Bescheinigung führen können. Der Gläubiger soll es damit durch zügige Ausführung der Nacherfüllung und Beauftragung eines Gutachters selbst in der Hand haben, die Vollstreckung zu beschleunigen. Die Regelung lehnt sich an das Institut der Fertigstellungsbescheinigung (künftig: Vergütungsbescheinigung) gemäß § 641a BGB an.

3. Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung und Festnahme/Auskunftserteilung

Um dem Gläubiger die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Schuldners zu erleichtern, sieht der Gesetzentwurf unter bestimmten Voraussetzungen Auskunftsmöglichkeiten hinsichtlich weiterer öffentlicher Register – der Zulassungsbehörden gemäß § 1 Abs. 1 des Straßenverkehrsgesetzes (StVG), des Kraftfahrt-Bundesamtes und der Sozialbehörden – vor. Der Entwurf knüpft dabei an bestehende Regelungen für öffentlich-rechtliche Forderungen an (§ 39 Abs. 3 Satz 1 StVG und § 68 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch – SGB X –). Wie in diesen Fällen soll eine Auskunft nur erfolgen können, wenn es um Ansprüche in bestimmtem Umfang geht, wenn die Verfolgung des Anspruchs ohne die Übermittlung der Daten nicht möglich wäre und keine andere Möglichkeit besteht, den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln. Anders als bei den öffentlich-rechtlichen Forderungen soll eine Auskunft aber nur erteilt werden, wenn bereits ein vollstreckbarer Titel im Sinne des § 704 Abs. 1, des § 794 Abs. 1, des § 801 ZPO vorliegt.

Lässt sich auch durch Auskunft der vorgenannten Behörden der Aufenthaltsort des Schuldners nicht ermitteln, sieht der Entwurf als Ultima Ratio die Möglichkeit einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei (vgl. RiStBV 39 bis 43) vor. Die Anordnung derselben soll dem Richter vorbehalten bleiben. Sie darf nicht ergehen, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls unangemessen wäre. Um dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot zu genügen, wird die Möglichkeit einer Öffentlichkeitsfahndung sowie einer internationalen Fahndung ausgeschlossen.

Wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung vorliegen, soll künftig zur Vollstreckung eines zivilrechtlichen Haftbefehls auch die Ausschreibung zur Festnahme möglich sein. In diesem Ausnahmefall kann die Verhaftung nicht mehr nur durch den Gerichtsvollzieher, sondern auch durch die polizeilichen Vollzugsorgane erfolgen. Damit soll den Fällen begegnet werden, in denen sich der Schuldner durch eine Ausreise oder einen ständigen Wechsel seines Aufenthaltsortes der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung zu entziehen versucht.

Diese Regelungen berücksichtigen auch das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung, das es dem Einzelnen überlässt, grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, ob, wann und innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Daten in die Öffentlichkeit gebracht werden. Denn diese Befugnis gilt nicht schrankenlos. Der Einzelne hat keine absolute, uneingeschränkte Herrschaft über „seine Daten"; er entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft. Der Einzelne muss daher grundsätzlich Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinnehmen, wenn sie von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls getragen werden und bei einer Gesamtabwägung der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist (BGH, NJW 1991, S. 1532 [1533]). Dabei betrifft die Veröffentlichung des Namens und der Anschrift einer Person grundsätzlich keine sensiblen Informationen (BGH a. a. O.). In Ausnahmefällen kann ein überwiegendes Interesse einer Person an der Geheimhaltung persönlicher Daten durch Anordnung einer Übermittlungssperre geschützt werden. Die vorgeschlagene Regelung trägt dem Informationsbedürfnis des privaten Bereichs Rechnung. Sie geht davon aus, dass in unserer Gesellschaft

mit ihren vielfältigen Kommunikationsformen und Zwängen sich niemand ohne triftigen Grund dem sozialen Gefüge gänzlich entziehen kann und darf. Er muss erreichbar bleiben und hinnehmen, dass andere Bürger notfalls staatliche Hilfe erwarten, um mit ihm Kontakt aufnehmen zu können (Medert/Süßmuth, Melderecht des Bundes und der Länder, § 21 MRRG, Rn. 5). Die Auskunftspflicht dient daher dem Gemeinwohl. Grundsätzlich sind zwar die Meldebehörden berufen, dieses Informationsbedürfnis der Mitbürger zu erfüllen (Medert/Süßmuth a. a. O.). Sofern diese allerdings – wegen der Missachtung der Meldepflicht nach den Meldegesetzen – ihrer Aufgabe nicht nachkommen können, muss eine Befriedigung des Informationsbedürfnisses auf andere Weise möglich sein. Diese Auffangfunktion sollen nach dem Entwurf die Straßenverkehrs- und Sozialbehörden mit ihren Registern und – als Ultima Ratio – der polizeiliche Vollzugsdienst aufgrund einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung erfüllen.

4. Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und des Aktiengesetzes

Die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH und des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG) sollen um die Betrugstatbestände, die Straftatbestände der Untreue, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, des neu in das Strafgesetzbuch einzufügenden Straftatbestandes der Benachteiligung von Baugeldgläubigern sowie die Straftatbestände der §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG beziehungsweise der §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG erweitert werden.

Mit dieser Erweiterung der gesetzlichen Ausschlussgründe werden weitere Zuverlässigkeitskriterien für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und als Mitglied im Vorstand einer Aktiengesellschaft geschaffen. Die Ausdehnung der gesetzlichen Ausschlussgründe schließt zugleich bestehende gesetzliche Regelungslücken. So erfassen das im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung ausgesprochene Berufsverbot und eine Gewerbeuntersagung nach der Gewerbeordnung jeweils nur die von dem Verurteilten oder dem Betroffenen ausgeübten spezifischen Tätigkeitsbereiche. Ein solcher Ausschluss wirkt nur relativ und erstreckt sich damit nur auf den Unternehmensgegenstand der Gesellschaft, in der der Verurteilte vorher tätig war. Im Gegensatz hierzu wirkt der gesetzliche Ausschluss nach dem GmbH-Gesetz bzw. nach dem Aktiengesetz für alle Unternehmensgegenstände.

Gegenstand der Erweiterung der Ausschlussgründe sind jedoch nur entsprechend gewichtige Straftatbestände, deren Begehung ein Tätigwerden als GmbH-Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft von vornherein ausschließt. Bei derartigen Vorverurteilungen besteht regelmäßig keine Vertrauensbasis für eine ordnungsgemäße und entsprechend den Regeln des Wirtschaftslebens ausgerichtete Geschäftsführung. Die Ausschlusstatbestände sind speziell auf das Anforderungsprofil als GmbH-Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft zugeschnitten.

5. Änderung des Strafgesetzbuches

Durch § 283e StGB wird die in § 5 BauFG strafrechtlich sanktionierte Benachteiligung von Baugeldgläubigern in das Strafgesetzbuch übernommen. Da den Baugeldempfänger gemäß § 5 BauFG eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nur im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens trifft, wird diese Vorschrift in den Abschnitt über die Insolvenzstraftaten eingefügt. Dabei wird § 5 BauFG nicht wörtlich übernommen, sondern der Diktion des Strafgesetzbuches angepasst.

Da der Gesetzentwurf die Baubuchführungspflicht gemäß § 2 BauFG durch einen Auskunftsanspruch ersetzt, wird die Strafvorschrift des § 6 BauFG nicht in das Strafgesetzbuch übernommen, sondern ersatzlos gestrichen.

B. Einzelbegründung

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (§ 632a)

Zu Absatz 1

In Absatz 1 wird der bisherige § 632a BGB an die Parallelbestimmung des § 16 Nr. 1 VOB/B angeglichen. Dies führt zu einer Ausweitung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen. Bislang besteht ein Anspruch auf Abschlagszahlungen nur bei der Vorausleistung von Material und bei der Herstellung abgeschlossener Teile des Werks. In der Praxis ist es aber oft sehr schwierig zu beurteilen, ob ein Teil des Werks abgeschlossen ist oder nicht. Daran scheitert häufig die Anwendung des § 632a BGB. Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, soll deshalb die offenere Formulierung des § 16 Nr. 1 VOB/B übernommen werden. Dies führt zu einer Anspruchsausweitung. So sollen Abschlagszahlungen nicht nur – wie bisher – bei der Lieferung von Material gefordert werden können, sondern auch dann, wenn eine selbständig abrechenbare Leistung erbracht worden ist.

In Abweichung vom Wortlaut des § 16 Nr. 1 VOB/B wird in der Neufassung des § 632a BGB darauf verzichtet, ausdrücklich den Umsatzsteuerbetrag zu erwähnen. Nach den Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes ist in der nachzuweisenden Höhe des Wertes der vertragsgemäßen Leistungen die darauf entfallende Umsatzsteuer enthalten. Deshalb ist es nicht erforderlich, dies gesondert in Absatz 1 anzusprechen.

Zu Absatz 2

Die Regelung über Abschlagszahlungen in dem neu gefassten Absatz 1 gilt bei Verträgen, die ein einzelnes Gewerk oder die Errichtung eines ganzen Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben. Bei der Errichtung eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks sind danach Vorauszahlungen für noch nicht erbrachte Leistungen regelmäßig unzulässig. Für einen Teilbereich der Verträge über die Errichtung von Häusern oder vergleichbaren Bauwerken sind die zulässigen Abschlagzahlungen jedoch abweichend von § 632a durch Verordnung bestimmt worden. Dies betrifft Bauträgerverträge, für die die zulässigen Abschlagzahlungen in der Verordnung über Abschlagzahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) unter Verweis auf die Makler- und Bauträgerverordnung festgelegt worden sind. Für General-

übernehmerverträge fehlt eine vergleichbare Regelung. Insoweit kann im Rahmen des § 307 n. F. von § 632a abgewichen werden. Der Gesetzgeber hat in Artikel 244 EGBGB die Möglichkeit eröffnet, auch bei solchen Verträgen die zulässigen Abschlagzahlungen durch Rechtsverordnung festzulegen. Dies ist bislang jedoch noch nicht geschehen.

In beiden Fällen, sowohl beim Bauträgervertrag als auch beim Generalübernehmervertrag, hat sich in der Praxis die Frage ergeben, ob und in welchem Umfang dem Besteller eine Absicherung für seinen Erfüllungsanspruch zu verschaffen ist. Es besteht nämlich ein tatsächliches Bedürfnis, den Erfüllungsanspruch des Bestellers in gewisser Weise abzusichern. Durch die Regelungen über die Abschlagzahlungen in der Makler- und Bauträgerverordnung und durch eine entsprechende AGB-Kontrolle bei Generalübernehmerverträgen ist zwar sichergestellt, dass der Besteller nur für bereits erbrachte Leistungen zu zahlen hat. Dies deckt aber sein tatsächlich bestehendes Sicherungsbedürfnis nicht voll ab. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass dem Besteller in der Regel erhebliche Mehraufwendungen entstehen, wenn das Bauwerk nicht vollendet oder mangelhaft errichtet wird. Ob und in welchem Umfang diesem tatsächlich bestehenden Sicherungsbedürfnis des Bestellers Rechnung getragen werden kann und in welchem Umfang dieses gesetzlich vorgeschrieben ist, lässt sich gegenwärtig nicht befriedigend klären.

Es erscheint daher angezeigt, in § 632a gesetzlich festzulegen, dass und in welchem Umfang der Besteller einen gesetzlichen Anspruch auf Absicherung seines Erfüllungsanspruchs hat, wenn der Werkvertrag die Errichtung eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und Abschlagszahlungen vorgesehen werden. Dazu soll sich der Sicherungsumfang an § 14 Nr. 2 VOB/A anlehnen, der eine entsprechende Regelung für Bauaufträge der öffentlichen Hand bereits enthält. Hier wird das Sicherungsbedürfnis des Bestellers mit 5 Prozent der Auftragssumme, was in der Diktion des Bürgerlichen Gesetzbuchs 5 Prozent der Vergütung entspricht, angesetzt. Diese Begrenzung hat sich im Bereich der öffentlichen Bauaufträge bewährt und kann als Basisregelung verallgemeinert werden. Deshalb bestimmt Absatz 2, dass der Besteller eine Sicherheitsleistung für seinen Erfüllungsanspruch in Höhe von 5 Prozent der Vergütung beanspruchen kann.

Ob und in welchem Umfang eine Erweiterung dieses Anspruchs vorzusehen ist, kann und soll erst später im Zusammenhang mit dem Erlass einer Verordnung nach Artikel 244 EGBGB geklärt werden.

Zu Nummer 2 (§§ 632b bis 632e)

Zu § 632b

Zu Absatz 1

Nach Absatz 1 kann sich der Unternehmer das Eigentum an beweglichen Sachen, die durch den Einbau in das Grundstück oder in das Gebäude zu wesentlichen Bestandteilen werden, wirksam bis zur vollständigen Zahlung der Vergütung vorbehalten. Die Regelung findet auch dann Anwendung, wenn der Unternehmer die eingebauten Sachen lediglich unter Eigentumsvorbehalt erworben und deshalb nur ein Anwartschaftsrecht hat.

Es wurde davon abgesehen, den Subunternehmer in den Schutzbereich des § 632b einzubeziehen, damit sich der Grundstückseigentümer nicht mit einer Vielzahl von Einzelunternehmen auseinandersetzen muss, mit denen er in keiner Vertragsbeziehung steht.

Zu Absatz 2

Absatz 2 sieht aus Beweisgründen die Schriftform für die Erklärung des Eigentumsvorbehalts vor. Dem Unternehmer ist die schriftliche Erklärung des vorbehaltenen Eigentums zumutbar. Hierdurch wird von vornherein möglicher Streit über die Erklärung vermieden.

Zu Absatz 3

Die Regelung in Absatz 3 bestimmt die Grenzen des Eigentumsvorbehalts.

Die Sätze 1 und 2 sollen einer sinnlosen Zerstörung wirtschaftlicher Werte entgegenwirken. Steht aufgrund der Natur des herzustellenden Werks von vornherein fest, dass eine Trennung nicht möglich ist, weil dadurch wirtschaftliche Werte zerstört werden, so kann dem Eigentumsvorbehalt keine Wirksamkeit zukommen. Typisches Beispiel sind Malerarbeiten. Ist die an die Wände eines Hauses aufgebrachte Farbe angetrocknet, ist eine Trennung nicht mehr sinnvoll möglich; an der Trennung kann der Unternehmer kein sinnvolles Interesse mehr haben. Ob die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 vorliegen, entscheidet die Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben. Im Übrigen steht auch jedes Herausgabeverlangen des Bauunternehmers unter dem Vorbehalt der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zwar gibt es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung in einem angemessenen Verhältnis zu deren Schwere stehen müssen – auch eine geringfügige Fahrlässigkeit kann eine Schadensersatzpflicht in existenzvernichtender Höhe begründen –, aber soweit auf Pflichtverletzungen mehrere Reaktionen möglich sind, kann § 242, vor allem bei Bestehen einer engeren Bindung zwischen den Vertragspartnern, dazu verpflichten, die mildere Reaktion zu wählen (vgl. hierzu Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 242 Rn. 54). Der Unternehmer hat also stets zu prüfen, ob er die gesamte von ihm eingebaute Sache wieder herausverlangt oder nur einen funktionswichtigen Teil, der möglicherweise als milderes und angemesseneres Mittel nicht zu einer Zerstörung wirtschaftlicher Werte führt.

Durch die Einschränkung, dass der Vorbehalt nur „soweit“ unwirksam ist, als die Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde, wird klargestellt, dass sich in Fällen, in denen der Besteller mehrere Sachen eingebaut hat, von denen einzelne abtrennbar sind, andere hingegen nicht, die Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts nur auf die nicht abtrennbaren Sachen bezieht, also nicht auf sämtliche eingebauten Sachen.

Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass der Unternehmer sich nicht doppelt sichern darf, bestimmt Satz 3, dass der Vorbehalt des Eigentums dann unwirksam wird, wenn der Unternehmer auf andere Weise Sicherheit erlangt. Dies kann beispielsweise die Eintragung einer Sicherungs-

hypothek nach § 648 oder eine Sicherheitsleistung nach § 648a sein.

Zu § 632c

Inhaltlich entspricht Absatz 1 dem § 455 in der vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts geltenden Fassung. Allerdings tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts das Kündigungsrecht des Unternehmers. Die Regelung knüpft an § 9 Nr. 1 und 2 VOB/B an, wonach der Unternehmer ein Kündigungsrecht hat, wenn der Besteller eine fällige Zahlung nicht leistet oder sonst in Schuldnerverzug gerät.

Absatz 2 Satz 1 legt fest, dass der Unternehmer die Sache nur herausverlangen kann, wenn er den Vertrag nach Absatz 1 gekündigt hat. Die folgenden Sätze regeln im Einzelnen, wie die bisher erbrachten Werkleistungen im Falle einer aufgrund des Absatzes 1 erfolgten Kündigung abzurechnen sind. So kann der Unternehmer für die von ihm erbrachten Teilleistungen eine entsprechende Vergütung verlangen. Hiervon ausgenommen ist jedoch der Werklohn (einschließlich der darin enthaltenen Materialkosten), den er für den Einbau der nunmehr von ihm aufgrund des Eigentumsvorbehalts wieder ausgebauten Teile an sich hätte verlangen können. Da der Bauhandwerker infolge der Kündigung keine weiteren Arbeiten mehr schuldet, kann er an sich – entgegen der ursprünglichen vertraglichen Absprache – auch keinen weiteren Werklohn verlangen. Dies ist jedoch nicht angemessen, da der Werkbesteller durch sein Zahlungsverhalten den Anlass zur Kündigung gegeben hat. Dementsprechend sieht Absatz 2 Satz 4 und 5 vor, dass dem Handwerker in entsprechender Anwendung des § 642 Abs. 2 ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zusteht.

Absatz 3 stellt klar, dass im Falle der Kündigung die §§ 987 bis 1003 Anwendung finden. Nach der Kündigung des Werkvertrags durch den Unternehmer wird der Besteller zum nachträglich nichtberechtigten Fremdbesitzer. Die §§ 987 bis 1003 sind nur anwendbar, soweit das Abwicklungsrecht auf sie verweist (vgl. Palandt-Bassenge, BGB, 60. Auflage, Vorbemerkung vor § 987 Rn. 9; Vorbemerkung vor § 994 Rn. 7).

Zu § 632d

Bei Ausübung des Rücktrittsrechts aus § 449 i. V. m. § 323 kann der Vorbehaltsverkäufer als Eigentümer nach § 985 die Herausgabe der Sache verlangen. Die Herausgabekosten trägt grundsätzlich der Besitzer. Die Kosten der Abholung vom Herausgabeort trägt der Eigentümer.

Diese Grundsätze müssen hier für den Fall der Kündigung des Unternehmers ergänzt werden, da in der Regel auch die Trennung der verbundenen Sache mit Kosten verbunden ist. Diese sind billigerweise vom Besteller zu tragen, da er den Kündigungsgrund und damit auch das Herausgabeverlangen durch sein Verhalten ausgelöst hat: Er hat den Schuldnerverzug zu vertreten und haftet dem Unternehmer daher grundsätzlich auf Schadensersatz, der auch die Ausbaukosten erfassen würde. Daher erscheint es zweckmäßig, den Besteller von vornherein die Kosten des Ausbaus tragen zu lassen und nicht erst den Unternehmer für die Kosten des Ausbaus in Vorlage treten zu lassen, um ihm dann über § 280 die Möglichkeit zu geben, die Kosten des Ausbaus als Schadensersatz vom Besteller verlangen zu können.

Zu § 632e

Die Billigkeitsklausel des § 632e gibt dem Besteller ein Einrederecht gegen das Herausgabeverlangen des Eigentümers und damit auch ein (vorläufiges) Besitzrecht im Sinne des § 986 Abs. 1. Es soll der Vermeidung von Notsituationen auf Seiten des Bestellers und dessen Familie dienen, die beispielsweise dadurch eintreten können, dass die Herausgabe von für ein menschenwürdiges Wohnen notwendigen Bestandteilen und Einrichtungen eines Hauses verlangt wird. Die Folge eines Herausgabeverlangens darf nicht dazu führen, dass der Besteller und seine Familie Hilfe der öffentlichen Hand in Anspruch nehmen müssen. Jedoch soll der Unternehmer die Möglichkeit haben, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dadurch abzuwenden, dass er vorläufige Maßnahmen zur Abwendung der dem Besteller und seiner Familie drohenden Nachteile trifft. Zu denken wäre etwa an die Zurverfügungstellung von Radiatoren bei einem Herausgabeverlangen bezüglich einer Heizungsanlage.

Zu Nummer 3 (§ 641)

Zu Absatz 2

Mit den Änderungen in Absatz 2 soll die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Regelung zur sog. Durchgriffsfälligkeit verbessert werden.

Ziel der Regelung ist es zu verhindern, dass Generalübernehmer und Bauträger Gelder von ihren Auftraggebern einnehmen, diese aber nicht an die Handwerker weiterleiten, die die einzelnen Gewerke ausgeführt haben. Dies soll dadurch erreicht werden, dass der Anspruch der Handwerker auch ohne Abnahme fällig wird, wenn der Generalübernehmer oder Bauträger von seinem Auftraggeber Zahlungen für das vom Handwerker erbrachte Gewerk erhalten hat. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass die Regelung lückenhaft ist und deshalb das angestrebte Ziel nicht vollständig erreichen kann. Zum einen ist der Fall nicht erfasst, dass im Verhältnis des Generalübernehmers oder Bauträgers zu seinem Auftraggeber zwar keine Zahlung, wohl aber eine Abnahme erfolgt ist oder das Werk als abgenommen gilt. Zum anderen besteht für den Unternehmer die Schwierigkeit, in Erfahrung zu bringen, ob im Verhältnis des Generalübernehmers oder Bauträgers zu seinem Auftraggeber die Vergütung geleistet oder das erbrachte Gewerk abgenommen wurde. Diese Lücken sollen geschlossen werden.

Satz 1 Nr. 1 entspricht der bisherigen Regelung des Absatzes 2 Satz 1.

Nach Satz 1 Nr. 2 wird die Vergütung des Unternehmers auch dann fällig, wenn zwar der Generalübernehmer oder Bauträger keine Zahlungen erhalten hat, dessen Auftraggeber, der Dritte, aber die Werkleistung des Unternehmers abgenommen hat, diese als abgenommen gilt oder dafür eine Vergütungsbescheinigung erteilt worden ist.

Mit der Regelung in Satz 1 Nr. 3 wird dem Auskunftsbedürfnis des Unternehmers in der Weise Rechnung getragen, dass sein Vergütungsanspruch auch dann fällig wird, wenn der Generalübernehmer oder Bauträger innerhalb einer angemessenen Frist keine Auskunft darüber gegeben hat, ob und gegebenenfalls welche Zahlungen er erhalten hat, ob

das Gewerk des Unternehmers abgenommen wurde oder als abgenommen gilt oder ob insoweit eine Vergütungsbescheinigung erteilt wurde.

Satz 2 entspricht dem bisherigen Absatz 2 Satz 2.

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt den sog. Druckzuschlag. Diese von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs ist mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in das geltende Recht aufgenommen worden. Um die Bemessung zu vereinfachen, ist bestimmt worden, dass der Druckzuschlag mindestens das Dreifache der Mangelbeseitigungskosten beträgt.

Die Festlegung eines Druckzuschlags in dieser Höhe ist auf Kritik gestoßen. Wie eine Expertenanhörung ergeben hat, ist ein Mindestbetrag in Höhe des Zweifachen der Mangelbeseitigungskosten ausreichend. Der Mindestbetrag des Druckzuschlags wird deshalb in Absatz 3 entsprechend reduziert. Dies entspricht auch der bei Erlass des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen geltenden Rechtsprechung, die im Wesentlichen das Zwei- bis Dreifache als Druckzuschlag anerkannt hat.

Zu Nummer 4 (§ 641a)

Das Verfahren zur Erlangung einer Fertigstellungsbescheinigung ist durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführt worden. Die einschlägige Vorschrift (§ 641a BGB) soll es dem Unternehmer ermöglichen, den Werklohn auch im Urkundenverfahren geltend zu machen. Früher stand dieser Weg regelmäßig nicht offen, denn der Werkunternehmer war zumeist nicht in der Lage, seinen Werklohnanspruch mit den im Urkundenverfahren nach der Zivilprozessordnung zur Verfügung stehenden Beweismitteln zu belegen. Dafür wäre es erforderlich gewesen, urkundlich nachzuweisen, dass der Besteller das Werk abgenommen hat. Im Streitfalle wird sich der Besteller aber weigern, eine schriftliche Abnahmeerklärung abzugeben.

Deshalb bestimmt der im Jahre 2000 eingeführte § 641a BGB, dass es der Abnahme gleich steht, wenn ein Gutachter eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt. Hat der Unternehmer dieses Dokument in der Hand, ist ihm der Weg in das Urkundenverfahren eröffnet.

Trotz dieser Zweckrichtung kommt § 641a BGB in der Praxis kaum zum Tragen. Dies liegt vor allem daran, dass der Gutachter die Fertigstellungsbescheinigung nur erteilen darf, wenn das Werk frei von Mängeln ist, die der Besteller gegenüber dem Gutachter behauptet hat oder die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind. Da es nahezu kein Bauvorhaben gibt, das nicht zumindest kleinere, erkennbare Mängel aufweist, wird der Gutachter die Bescheinigung nach dem ersten Besichtigungstermin sehr häufig nicht ausstellen können. Vielmehr müssen die von ihm erkannten Mängel vom Unternehmer nachgebessert werden. Es ist dann ein zweiter Begutachtungstermin erforderlich, in dem der Gutachter überprüfen muss, ob die Mängel abgestellt sind. Für den Unternehmer ist dieser mit der doppelten Begutachtung verbundene erhöhte Kostenaufwand abschreckend. Zudem muss er damit rechnen, dass der Besteller den zweiten Termin dazu nutzt, zusätzliche Mängel zu rügen, insbesondere dann, wenn sich sein erstes Vorbringen nicht als tragfähig erwiesen hat.

Die angesprochenen doppelten Kosten und die Missbrauchsmöglichkeiten können nur vermieden werden, wenn die Fertigstellungsbescheinigung auch bei einem mangelbehafteten Bauwerk erteilt werden kann. Dem dient die Neufassung des § 641a BGB.

Zu Absatz 1

Um das mit der Vorschrift angestrebte Ziel deutlicher hervortreten zu lassen, folgt Absatz 1 einer anderen Konstruktion als bisher. So soll die Erteilung einer Vergütungsbescheinigung eine eigenständige Fälligkeitsvoraussetzung sein. Damit soll klargestellt werden, dass der Werklohnanspruch nach Vorliegen der Vergütungsbescheinigung im Urkundenverfahren durchgesetzt werden kann.

Neu ist zudem, dass die Vergütungsbescheinigung unter bestimmten Voraussetzungen auch bei einem mangelhaften Werk erteilt werden kann. Im Vorfeld war erwogen worden, das Verfahren für mangelhafte Werke schlechthin zu eröffnen. Die Bescheinigung würde dann nicht für die volle Vergütung, sondern nur für den Teil erteilt werden, der das Dreifache der Mängelbeseitigungskosten übersteigt. Das würde allerdings auch für den Fall gelten, dass wesentliche Mängel vorliegen. Hierin läge ein gravierender Systembruch: Durch die Bescheinigung würde eine Vergütung fällig, obwohl der Besteller in einem solchen Fall zur Abnahme und damit zur Zahlung der Vergütung oder auch nur von Teilen derselben nicht verpflichtet wäre. Dieser Bruch wäre nicht vertretbar, zumal der Besteller auf diese Weise mit einem in der Sache falschen Urkundenurteil überzogen würde und die Zwangsvollstreckung hieraus auch nur durch eigene Sicherheitsleistung abwenden könnte. Deshalb soll das Verfahren bei wesentlichen Mängeln nicht zu einer Titulierung der Vergütungsforderung im Urkundenverfahren führen können.

Dieses Ziel lässt sich auf zwei unterschiedlichen Wegen erreichen:

– Die Bescheinigung wird nur erteilt, wenn die festgestellten Mängel unwesentlich sind. Dann allerdings wäre es die Aufgabe des Gutachters, über die Wesentlichkeit des Mangels zu entscheiden.

– Alternativ hierzu könnte man diese Frage dem Richter überlassen. Dann müssen die tatsächlichen Grundlagen einer solchen richterlichen Wertung jedoch aus der Bescheinigung selbst hervorgehen, denn sonst könnte die Frage im Urkundenverfahren nicht entschieden werden.

Der neu gefasste § 641a sowie der neu einzufügende § 641b beruhen auf der zweitgenannten Variante. Die Frage, ob ein Mangel wesentlich ist, soll dem Richter vorbehalten bleiben, weil es sich hier um eine Rechtsfrage handelt, deren Beantwortung, auch im Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch des Bestellers, nicht dem Gutachter überlassen werden kann.

Für seine rechtliche Beurteilung benötigt der Richter tatsächliche Feststellungen zu Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten der Beseitigung der Mängel. Solche Feststellungen können im Urkundenverfahren aber nicht durch Einholung eines Sachverständigengutachtens

erhoben werden. Sie müssen vielmehr aus einer Urkunde ersichtlich sein. Deshalb schreibt Absatz 4 vor, dass der Gutachter die festgestellten Mängel nach Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten ihrer Beseitigung in einer Liste aufzuführen hat. Enthält die Vergütungsbescheinigung eine derartige Mängelliste, steht dem Besteller der urkundliche Mängeleinwand nach dem neuen § 641b zu, und es kommt nicht zu einer Titulierung, wenn die aus der Liste ersichtlichen Mängel wesentlich sind.

Zu Absatz 2

Absatz 2 bestimmt in Satz 1, wer Gutachter sein kann. Diese Vorschrift ist gegenüber der entsprechenden Vorgängerregelung im Wesentlichen unverändert. Es wird lediglich der Begriff „Sachverständiger" vermieden.

Nach Satz 2 soll der Gutachter – wie bisher – vom Unternehmer beauftragt werden.

In den Sätzen 3 und 4 wird die Haftung des Gutachters behandelt. Der Gutachter eines Verfahrens nach § 641a hat eine Sachwalterstellung, wie sie in § 311 Abs. 3 geregelt ist. Hieran lehnt sich Satz 3 an, indem er auf § 241 Abs. 2 Bezug nimmt.

Bedeutsam ist vor allem die durch Satz 4 erfolgte Änderung der Gutachterhaftung. Bisher haftet der Gutachter auch dem Besteller gegenüber für jede Fahrlässigkeit. Dies ist zu weitgehend und führt zu einer nicht gerechtfertigten Haftungsverdoppelung. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Unternehmer nach § 717 ZPO für den aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urkundenurteils entstehenden Schaden in vollem Umfang einzustehen hat. Es ist nicht notwendig, dass der Besteller zusätzlich auch den Gutachter in Anspruch nehmen kann. Insoweit genügt es, wenn er auf den Gutachter im Falle des Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit zurückgreifen kann.

Die sonst in Sachwalterfällen übliche Beweislastumkehr erscheint bei dieser Sachlage nicht notwendig. Sie wird daher durch den neuen Satz 4 ausgeschlossen.

Es ist erwogen worden, eine Haftungsbegrenzung nur gegenüber dem Besteller vorzusehen, es gegenüber dem Unternehmer aber bei dem bestehenden Haftungsmaßstab zu belassen. Diesen Gedanken greift der Entwurf nicht auf. Auch gegenüber dem Unternehmer erscheint eine Begrenzung der Haftung des Gutachters sachgerecht. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn der Gutachter für dieselbe Leistung, nämlich die Prüfung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung und für deren Erteilung, im Verhältnis zu einem Beteiligten schärfer haften würde als im Verhältnis zum anderen Beteiligten.

Für die Gleichbehandlung und die daraus folgende einheitliche Haftungsbeschränkung des Gutachters gegenüber Unternehmer und Besteller spricht zudem, dass das Vergütungsbescheinigungsverfahren der Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens dient, in welchem dieser Gutachter oder ein anderer Gutachter als gerichtlicher Sachverständiger tätig werden könnte und nach der im Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vorgesehenen Regelung des § 839a BGB-E ebenfalls nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften würde.

Die Anlehnung an den künftig für gerichtlich bestellte Sachverständige vorgesehenen Haftungsmaßstab ist gerechtfertigt. Der Gutachter wird zwar von dem Unternehmer beauftragt. Dieser kann den Gutachter aber nicht frei wählen. Vielmehr müssen sich die Beteiligten auf einen Gutachter verständigen. Eine Vereinbarung im Werkvertrag oder in den in diesen einbezogenen allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt hierfür nicht. Es würde den durchschnittlichen Besteller überfordern, wenn er sich bereits bei Abschluss des zu Grunde liegenden Werkvertrags, zu einem Zeitpunkt also, in dem die Parteien noch von einer reibungslosen Abwicklung des Vertrags ausgehen, mit dem Unternehmer auf einen Gutachter verständigen müsste, der immerhin von dem Unternehmer beauftragt werden soll. Deshalb schreibt Satz 1 Nr. 1 vor, dass die Verständigung erst nach Entstehen der Streitigkeit erfolgen kann. Können sich die beiden Beteiligten jedoch nicht auf eine Person einigen, muss der Gutachter auf Antrag des Unternehmers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architektenkammer oder eine Ingenieurkammer bestimmt werden und in diesem Fall ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger sein (Satz 1 Nr. 2). Damit sind die an den Gutachter gestellten Anforderungen und das bei seiner Auswahl zu beobachtende Verfahren ähnlich ausgestaltet wie die Anforderungen und die Auswahl des gerichtlichen Sachverständigen, so dass es gerechtfertigt ist, auch in diesem Bereich den für § 839a BGB-E vorgesehenen Haftungsmaßstab anzulegen.

Zu Absatz 3

Gegenüber dem bisherigen Absatz 3 enthält der neue Absatz 3 lediglich in Satz 4 eine sachliche Änderung. Die Vorschrift betrifft den Fall, dass der Werkvertrag keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, von welcher Beschaffenheit das herzustellende Werk sein soll. Bisher nimmt Satz 4 auf die Regeln der Technik Bezug. Das ist für den Gutachter jedoch wenig hilfreich. Mit den Regeln der Technik lassen sich nämlich nur die technischen Anforderungen erschließen. Mögliche Parteiabreden lassen sich unter Rückgriff auf die Regeln der Technik hingegen nicht ermitteln.

Dasselbe Problem stellt sich aber nicht nur hier, sondern bereits im Vorfeld bei der allgemeinen Frage, wie der Sachmangel zu definieren ist. Der Gesetzgeber hat hierfür in § 633 Abs. 2 Satz 2 eine angemessene Regelung getroffen. Der dortige Maßstab ist in den neu gefassten Satz 4 übernommen worden. Dementsprechend ist es nicht mehr erforderlich, auf die Regeln der Technik Bezug zu nehmen.

Zu Absatz 4

Die Vergütungsbescheinigung setzt zwar eine gutachterliche Prüfung des Werks voraus, sie ist aber kein Sachverständigengutachten und bescheinigt deshalb auch nur, in welchem Umfang die Vergütung fällig ist. Eine Feststellung von Mängeln enthält sie grundsätzlich nicht. Eine solche Vergütungsbescheinigung ist aber auf den Fall zugeschnitten, dass keine Mängel vorliegen. Bei dieser Gestaltung soll es auch künftig bleiben, wenn der Gutachter die Mangelfreiheit des Werks feststellt.

In der Neufassung lässt § 641a die Erteilung der Vergütungsbescheinigung aber auch zu, wenn das Werk Mängel aufweist. In einem solchen Fall muss der Inhalt der Vergü-

tungsbescheinigung erweitert werden. Der Richter soll nämlich prüfen können, ob festgestellte Mängel wesentlich sind. Das kann er im Urkundenverfahren aber nur, wenn diese Mängel als solche, aber auch Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtliche Kosten der Beseitigung dieser Mängel aus einer Urkunde ersichtlich sind. Deshalb soll die Vergütungsbescheinigung künftig nicht nur aus der Feststellung, dass die Vergütung fällig ist, bestehen, sondern auch aus einer Auflistung etwaiger Mängel.

Die Erstellung einer Mängelliste ist in allen Fällen notwendig. Sie kann nicht von einem entsprechenden Verlangen des Bestellers abhängig gemacht werden. Da er in diesem Zeitpunkt möglicherweise noch nicht rechtlich beraten ist und die Bedeutung der Mängelliste für den Urkundenprozess nicht absieht, würde er ohne die obligatorische Erstellung der Mängelliste nicht gerechtfertigte Rechtsnachteile erleiden. Außerdem gilt es zu beachten, dass der Gutachter Mängel auch ohne Rüge des Bestellers berücksichtigen muss, sofern sie bei einer Besichtigung feststellbar sind.

Zu Absatz 5

Absatz 5 verpflichtet, wie bisher Absatz 4, den Gutachter, die Bescheinigung nach Absatz 1 selbst dann zu erteilen, wenn der Besteller die Untersuchung des Werks verweigert hat. Dies kann den Gutachter in eine schwierige Situation bringen. Wie soll er die Mängelfreiheit eines Werks bescheinigen, das er nicht untersucht hat? Eine solche Vergütungsbescheinigung kann für den Gutachter zudem weitergehende haftungsrechtliche Folgen haben. So ist es denkbar, dass eine Vergütungsbescheinigung auch gegenüber Dritten Verwendung findet, die auf die gutachterliche Feststellung vertrauen, obwohl sie in Wirklichkeit jeglicher realen Grundlage entbehrt (vgl. zur Haftung des Gutachters Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 328 Rn. 34). Unter diesen Umständen werden sich nach der derzeitigen Gesetzeslage kaum Gutachter bereit finden, bei Weigerung des Bestellers eine Bescheinigung nach § 641a BGB auszustellen.

Deshalb soll künftig im Fall der Weigerung des Bestellers, das Werk untersuchen zu lassen, die Vergütungsbescheinigung nach Absatz 1 zusätzlich die Feststellung enthalten, dass wegen der Weigerung des Bestellers eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben nicht möglich war. Damit wird gegenüber redlichen Dritten hinreichend dokumentiert, dass das Werk vom Gutachter nicht untersucht werden konnte. Ein schützenswertes Vertrauen, das eine etwaige Gutachterhaftung gegenüber Dritten begründen könnte, kann auf diese Art und Weise nicht entstehen.

Zu Absatz 6

Absatz 6 entspricht dem bisherigen Absatz 5, jedoch sind die Wörter „und Gefahrübergang“ gestrichen worden. Die Vergütungsbescheinigung soll konstruktiv nicht mehr der Abnahme gleichstehen. Die Vergütungsbescheinigung soll vielmehr eine eigenständige Fälligkeitsvoraussetzung sein und hat deshalb – anders als die bisherige Fertigstellungsbescheinigung – keinen Einfluss auf den Gefahrübergang.

Zu Nummer 5 (§ 641b)

Die Wesentlichkeit von Mängeln muss der Besteller im Urkundenverfahren einwenden können. Der Richter kann die Beurteilung dieser Rechtsfrage aber nur vornehmen, wenn ein Sachverständiger Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtliche Kosten der Beseitigung der festgestellten Mängel ermittelt hat. Grundlage dafür ist die Mängelliste nach § 641a Abs. 4. In ihr werden die festgestellten Mängel nach Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten der Beseitigung festgehalten. Auf diese Liste kann und soll sich der Besteller gerade auch im Urkundenverfahren berufen können. Die Wesentlichkeit der Mängel kann im Urkundenverfahren nur aufgrund der Angaben in der Mängelliste beurteilt werden.

Zu Nummer 6 (§ 648a)

Durch die Neufassung des § 648a soll die Bauhandwerkersicherung effektiver ausgestaltet werden.

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 1. Die Vorschrift wird allerdings erweitert. Der Unternehmer ist sowohl vor als auch nach der Abnahme schützenswert, da er auch nach Abnahme im Falle eines Rechtsstreits über Mängel das Risiko der Insolvenz des Bestellers trägt. Aus diesem Grunde räumt Absatz 1 dem Besteller einen Anspruch auf Erteilung einer Sicherheit nicht nur bis zur Abnahme, sondern auch danach ein. Einbezogen werden auch solche Ansprüche, die, wie etwa der Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung), an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten.

Der Anspruch auf Erteilung der Bauhandwerkersicherung besteht auch dann, wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann.

Der Besteller kann allerdings nicht daran gehindert werden, mit möglichen Schadensersatzansprüchen gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen und so den Vergütungsanspruch, der nach § 648a abgesichert werden soll, zu reduzieren. Dies soll aber keinen Einfluss auf die Höhe des Sicherungsanspruchs haben, es sei denn, der Anspruch, mit dem der Besteller aufrechnet, ist unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Ansonsten wäre der Unternehmer im Streit über die Sicherung gezwungen, sich mit der Berechtigung des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs des Bestellers auseinander zu setzen. Das würde dem Zweck der Bauhandwerkersicherung zuwiderlaufen.

Die Geltendmachung des Anspruchs auf Gewährung einer Bauhandwerkersicherung wird vereinfacht. Bisher musste der Besteller den Anspruch mit der Ankündigung verbinden, bei Nichtbestellung der Sicherheit die (weitere) Leistung zu verweigern. Dieses Junktim zwischen Sicherungsverlangen und Leistungsverweigerung ist nicht zweckmäßig und nach Abnahme als Druckmittel wirkungslos. Vorzuziehen ist es, dem Bauunternehmer die Wahl zu lassen, ob er bei Nichterfüllung des Sicherungsanspruchs klagt oder den Vertrag kündigt. Absatz 1 sieht deshalb einen Anspruch auf Leistung einer Bauhandwerkersicherung vor.

Zu Absatz 2

Der Absatz 2 entspricht inhaltlich dem bisherigen Absatz 2, ergänzt um die ausdrückliche Erwähnung der gleichberechtigten Möglichkeit, die Sicherheit in Form einer Bürgschaft zu stellen.

Zu Absatz 3

Der Absatz 3 entspricht dem bisherigen Absatz 3 und ist inhaltlich unverändert.

Zu Absatz 4

Der Absatz 4 entspricht dem bisherigen Absatz 4.

Zu Absatz 5

Absatz 5 entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 5. Die Regelung wird aber technisch neu gestaltet. Der bisherige Absatz 5 nimmt auf §§ 643 und 645 Bezug, die sich für den Unternehmer vor allem in der Situation nach der Abnahme als nicht praktisch erweisen. Der Unternehmer ist nach bisherigem Recht gezwungen, dem Besteller eine Frist zur Stellung der Sicherheit zu bestimmen. Wurde die Sicherheit nicht fristgerecht erbracht, galt der Vertrag nach § 643 Satz 2 als aufgehoben. Das ist für den Besteller vor allem dann ungünstig, wenn er seine Werkleistung erbracht hat und der Besteller Mängel einwendet. Deshalb soll der Unternehmer die Wahl erhalten, ob er die Sicherheit trotz Fristablaufs weiterhin verlangt oder vom Vertrag zurücktritt. Im Falle des Rücktritts soll ihm ein dem § 645 Abs. 1 nachgebildeter Ersatzanspruch zustehen, der auch die bereits mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Pauschale enthält.

Der bisherige Satz 2 soll entfallen, weil er überflüssig geworden ist. Bei seiner Einführung war zu bedenken, dass es eine dem Satz 2 (bisher Satz 3) entsprechende Pauschale in § 649 nicht gab. Dies ließ befürchten, dass der Besteller nicht nach § 648a, sondern nach § 649 kündigt, um der in § 648a geregelten Pauschale zu entgehen. Um dem entgegenzuwirken, war in dem bisherigen Satz 3 eine Regelung des Inhalts vorgesehen, dass eine Kündigung im Zweifel als Kündigung nach § 648a anzusehen war. Diese Regelung ist jetzt entbehrlich. In § 649 soll nämlich dieselbe Pauschale eingeführt werden, wie sie in Absatz 5 schon besteht. Damit ist ein Ausweichen in eine Kündigung nach § 649 nicht mehr möglich. Die Vermutung ist widerlegbar.

Die Regelung des Absatzes 5 gilt nicht nur, wenn der Vertrag insgesamt gekündigt wird, sondern auch im Falle einer Teilkündigung.

Zu Absatz 6

Absatz 6 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Absatz 6. Die Ausnahme für juristische Personen des öffentlichen Rechts ist allerdings an die vergleichbare Regelung in § 651k Abs. 7 angeglichen worden.

Zu Absatz 7

Absatz 7 entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 7 und ist in seiner Sachaussage unverändert geblieben. Zu berücksichtigen war allerdings, dass § 648a künftig nicht mehr nur einen Einwand, sondern einen eigenständigen Anspruch begründen soll. Deshalb kann die Vorschrift nicht mehr insgesamt zwingend sein. Zwingend können und müssen der Anspruch selbst (Absatz 1) und das Kündigungsrecht (Absatz 5) sein. Im Übrigen müssen aber Abweichungen zugunsten des Unternehmers zulässig bleiben. Absatz 7 wird deshalb entsprechend gefasst.

Zu Nummer 7 (§ 648b)

Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen ist in der Praxis weitgehend unbekannt. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll die Regelung des § 1 BauFG in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen werden. Sie wird dabei modernisiert und insgesamt praktikabler gestaltet.

Zu Absatz 1

Absatz 1 sieht gegenüber § 1 BauFG eine Erweiterung des Baugeldbegriffs vor.

Satz 2 Nr. 1 erfasst auch „Über-Kreuz-Geschäfte“, das heißt, die Grundschuld/Hypothek muss nicht notwendigerweise an dem Baugrundstück bestellt sein. Des Weiteren sind nach Satz 2 Nr. 2 auch Fördermittel in den Baugeldbegriff einbezogen.

Auf der „1. Stufe“ (Satz 2 Nr. 1, 2), das heißt beim Bauherrn, sollen nur grundpfandrechtlich gesicherte Gelder sowie Fördermittel als Baugeld gelten, da Baugeld wegen der in Absatz 3 normierten Schadensersatzpflicht von anderen Mitteln nach objektiven Kriterien abgrenzbar sein muss. Deshalb sieht Satz 2 Nr. 3 vor, dass Gelder, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält, erst ab der „2. Stufe“ in die Baugeldverwendungspflicht einbezogen werden. Damit werden ab der „2. Stufe“ auch Eigenmittel des Bauherrn erfasst. Da es praktisch kaum vorkommt, dass der Generalunternehmer/Generalübernehmer neben Baugeld auch noch Eigenmittel einsetzt, bedarf es insoweit keiner gesetzlichen Regelung.

Die Legaldefinition „Bau“ in Satz 2 Nr. 1 ist an § 648a Abs. 1 Satz 1 angelehnt. Demzufolge sind auch Abbrucharbeiten erfasst, soweit mit dem Abriss eines Bauwerks ein Neubau oder die Errichtung einer Außenanlage verbunden ist.

Satz 3 stellt klar, dass Baubetreuer, die nach der bisherigen Regelung (§ 1 Abs. 3 BauFG) bereits Baugeldempfänger waren, auch künftig der Baugeldverwendungspflicht unterliegen.

Der Begriff der Baugeldgläubiger (Satz 4) entspricht dem in § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFG bezeichneten Personenkreis; der Begriff des „Lieferungsvertrags“ wird der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs angepasst.

Zu Absatz 2

Satz 1 entspricht dem bisherigen § 1 Abs. 1 Satz 2 BauFG.

Satz 2 ersetzt den bisherigen § 1 Abs. 2 BauFG. Da durch die Erweiterung des Baugeldbegriffs auf der „2. Stufe“ nahezu sämtliche Finanzierungsmittel für das Bauvorhaben unter die Baugeldverwendungspflicht fallen, kann im Gegenzug die Befugnis zum Einbehalt von Geldern für selbst erbrachte Leistungen ausgedehnt werden. Während die Grenze für den Einbehalt bisher bei 50 % lag, sollen künftig 70 % der erbrachten Eigenleistung einbehalten werden dürfen.

Die Werterhöhung des Baus als Maßstab für die vom Baugeldempfänger erbrachte Eigenleistung erscheint wenig praktikabel. Statt dessen soll sich der Umfang der Befreiung von der Baugeldverwendungspflicht nach der mit dem Auftraggeber vertraglich vereinbarten Vergütung richten. Diese

lässt sich in der Regel einfach feststellen, da die Eigenleistung dem Auftraggeber üblicherweise in Rechnung gestellt wird. Den Unternehmergewinn soll der Baugeldempfänger erst behalten dürfen, wenn er das Baugeld ordnungsgemäß weitergeleitet hat. Aus Vereinfachungsgründen und um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im Baugewerbe teilweise Unterkalkulationen abgegeben werden, um den Auftrag zu erhalten, ist in Satz 2 eine Pauschale von 30 % angesetzt worden. In Fällen, in denen es eine vertraglich vereinbarte Vergütung nicht gibt, wird auf die Regelung in § 632 Abs. 2 Bezug genommen.

Zu Absatz 3

Bei Verletzung der Baugeldverwendungspflicht ergibt sich nach geltendem Recht ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 1 BauFG. Um dogmatische Unklarheiten zu vermeiden, ob mit der Integration des zivilrechtlichen Teils des BauFG in das BGB die Eigenschaft als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 entfällt, wurde in Satz 1 ein eigenständiger Schadensersatzanspruch geschaffen, wobei Satz 2 – wie bereits das geltende Recht – den Durchgriff auf Organe einer juristischen Person ermöglicht. Der Schadensersatzanspruch ist der Höhe nach auf den Betrag des pflichtwidrig verwendeten Baugeldes begrenzt, was sich zum einen aus dem Schutzzweck der Norm sowie aus dem Wort „insoweit“, das zur Klarstellung eingefügt wurde, ergibt.

Absatz 3 ist so gefasst, dass weiter hinten in der Auftragskette stehende Baugeldgläubiger nicht nur ihren unmittelbaren Auftraggeber, sondern auch vor diesem stehende Baugeldempfänger, die ihre Baugeldverwendungspflicht verletzt haben, auf Schadensersatz in Anspruch nehmen können. Dies führt auch in den Fällen zu keinem unbilligen Ergebnis, in denen ein Bauvorhaben von dem zuerst eingeschalteten Generalunternehmer/Generalübernehmer nicht beendet wird, und der Baugeldempfänger wegen Gewährleistungs-, Schadensersatzansprüchen oder Ersatzvornahmekosten diesem gegenüber die Aufrechnung erklären oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann. In diesen Fällen kann auch einem in der Kette weiter hinten stehenden Baugeldgläubiger entgegengehalten werden, dass insoweit die Baugeldverwendungspflicht nicht verletzt ist.

Zu Absatz 4

Nach § 2 BauFG hat jeder Baugeldempfänger ein Baubuch zu führen. Dieser Dokumentationsaufwand hat dazu beigetragen, dass in der Praxis das Baubuch keine Bedeutung erlangt hat. Das Führen eines gesonderten Baubuchs erscheint in der heutigen Zeit auch nicht erforderlich, da die in § 2 BauFG genannten Daten im Rahmen eines geordneten Geschäftsbetriebes ohnehin erfasst werden und mit moderner Bürotechnik leicht abrufbar sind. Im Hinblick hierauf und im Interesse der Vermeidung überflüssiger Förmlichkeiten soll deshalb nach Absatz 4 die Pflicht zum Führen eines Baubuchs nicht beibehalten und stattdessen dem Baugeldempfänger lediglich die Pflicht auferlegt werden, auf Verlangen eines Baugeldgläubigers im Einzelfall Rechenschaft über die vereinnahmten Baugelder zu legen.

Der Anspruch auf Rechenschaftslegung dient in erster Linie der Feststellung und Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs im Falle einer zweckwidrigen Verwendung von Baugeld. Die Rechtsprechung hat zum geltenden § 2 BauFG den Grundsatz aufgestellt, dass sich bei fehlerhafter oder unterlassener Führung eines Baubuchs die Beweislast umkehrt und vermutet wird, dass Baugeld zweckwidrig verwendet wurde. Dieser Grundsatz ist auf die Regelung in Absatz 4 übertragbar, so dass es keiner besonderen Regelung der Darlegungs- und Beweislast bedarf.

Zu Absatz 5

Nach Absatz 5 sind – im Anschluss an die Regelung des § 648a Abs. 6 n. F. – juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen sowie natürliche Personen, die Bauarbeiten einschließlich der Arbeiten an Außenanlagen zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lassen, von der Baugeldverwendungspflicht ausgenommen. Denn in diesen Fällen einer Auftragserteilung durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen besteht für den Hersteller kein Insolvenzrisiko. Der Bau eines Einfamilienhauses ist in der Regel solide finanziert und durch die persönliche Haftung des Bestellers hinreichend abgesichert.

Zu Nummer 8 (§ 649)

Der Besteller kann einen Werkvertrag jederzeit wegen Leistungsstörungen des Unternehmers kündigen. Nach § 649 kann er den Vertrag aber auch kündigen, wenn eine Leistungsstörung nicht vorliegt und auch kein wichtiger Grund gegeben ist. Diese auf den ersten Blick überraschende Regelung ist deshalb vorgesehen worden, weil Werkleistungen oft mit Eingriffen in das Eigentum des Bestellers verbunden sind. Zum Ausgleich für das Recht, den Werkvertrag jederzeit zu kündigen, sieht Satz 2 einen Anspruch des Unternehmers auf Ersatz der entgangenen Vergütung vor. Die Rechtsprechung hatte allerdings in der Vergangenheit die Darlegungsanforderungen an diesen Anspruch hinsichtlich des abzusetzenden ersparten Aufwands so hoch angesetzt, dass er praktisch kaum darzustellen war. Hiervon ist die Rechtsprechung teilweise wieder abgerückt. Der Unternehmer hat aber immer noch größte Schwierigkeiten, seinen verbleibenden Vergütungsanspruch durchzusetzen. Eine vergleichbare Schwierigkeit ist bei § 648a Abs. 5 aufgetreten, der das Recht des Bestellers regelt, bei Verweigerung der Sicherungsbürgschaft vom Vertrag zurückzutreten. Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat der Gesetzgeber hier eine Pauschale von 5 % der Vergütung eingeführt, damit der Unternehmer eine feste Kalkulationsgrundlage hat.

Gegen die Einführung einer solchen Pauschale ist bisher eingewandt worden, dass sie zu einer Überforderung des Bestellers führen könnte. Gedacht war an den Fall eines Unternehmers, der seine Werkleistung überhaupt nicht erbringt und damit eine Kündigung des Bestellers provoziert. In einem solchen Fall könnte der Besteller allerdings nach § 634 i. V. m. § 323 Abs. 1 und 2 ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall wäre § 649 gar nicht anwendbar. Deshalb soll mit dem neuen Satz 3 die Pauschale jetzt auch im Fall der Kündigung nach § 649 eingeführt werden. Der Besteller kann den Nachweis höherer Ersparnisse führen.

Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)

Grundsätzlich sollen die neuen Vorschriften nur für Neuverträge gelten. Dieses ergibt sich aus der Überleitungsvorschrift des Artikels 229 § 8 EGBGB.

Zu Artikel 3 (Änderung der Zivilprozessordnung)

Zu Nummer 1 (§ 227)

In der Zeit vom 1. Juli bis zum 31. August eines Jahres sollen Verhandlungstermine in Baustreitigkeiten, in denen der Erlass eines Voraburteils beantragt worden ist, nicht auf bloßen Antrag einer Partei verlegt werden müssen. Dies widerspräche der durch die Einführung des Voraburteils beabsichtigten Beschleunigung. Der Zweck des Verfahrens, das zu einer (zumindest vorläufigen) Entscheidung nach einem vom Gericht umfassend vorbereiteten Termin führen soll, würde unterlaufen, wenn eine Partei frei über den Termin disponieren könnte. Aus diesem Grund werden die Verfahren zum Erlass eines Voraburteils in die Aufzählung der eilbedürftigen Sachen in Absatz 3 Satz 2 Nr. 5 aufgenommen.

Zu Nummer 2 (§ 301)

Um dem Teilurteil als Entscheidungsform in der Praxis mehr Geltung zu verschaffen, sieht der Entwurf die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des Absatzes 2 vor. Ein Teilurteil muss deshalb künftig bei Vorliegen der Voraussetzungen ergehen. Andererseits gibt es Fallgestaltungen, in denen der Erlass eines Teilurteils unangemessen wäre. Das trifft etwa zu, wenn zu erwarten ist, dass der Gesamtprozess alsbald entscheidungsreif ist oder wenn ein Teilurteil den Parteien die Berufungsmöglichkeit nehmen würde. Diesen Umständen soll durch ein negatives Tatbestandsmerkmal Rechnung getragen werden, wonach ein Teilurteil unterbleibt, sofern es nach Lage der Sache unangemessen ist (Absatz 1 Satz 1 letzter Halbsatz). Mit dieser Regelung wird klargestellt, dass bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Erlass eines Teilurteils die Regel ist, von der nur ausnahmsweise aus Gründen der Unangemessenheit abzuweichen ist.

Nach dem neu einzufügenden Absatz 2 sollen die Parteien den Erlass eines Teilurteils beantragen und dadurch erreichen können, dass sich das Gericht mit dieser Frage befassen muss. Hat eine Partei einen entsprechenden Antrag gestellt, liegen aber die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vor, muss das Gericht den Antrag durch Beschluss zurückweisen, der keiner Begründung bedarf.

Absatz 3 stellt klar, dass Rechtsmittel ausgeschlossen sind, die darauf gestützt werden, das Gericht habe es prozessordnungswidrig unterlassen, ein an sich zulässiges Teilurteil zu erlassen. Eine Nachprüfung der Entscheidung im Rechtsmittelwege würde den Beschleunigungseffekt, der mit der Änderung beabsichtigt ist, in sein Gegenteil verkehren.

Zu Nummer 3

Zu den Buchstaben a und b (Änderung der Überschrift des Dritten Titels)

Es handelt sich um eine Folgeänderung. Diese ergibt sich daraus, dass im Dritten Titel in zwei Unterabschnitten die Vorschriften für zwei besondere Verfahrenslagen – Verfahren bei Säumnis und Verfahren nach Antrag auf Erlass eines Voraburteils – geregelt werden sollen.

Zu Buchstabe c (Voraburteil in Bausachen)

Zu § 347a

Diese Vorschrift bezeichnet die Ansprüche, die im Verfahren zum Erlass eines Voraburteils geltend gemacht werden können. Meistens wird es um Ansprüche des Bauunternehmers auf Zahlung der Vergütung gehen. In dem Verfahren sollen aber auch die auf Geldleistungen gerichteten Ansprüche des Bestellers z. B. auf Vorschuss oder auf Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln (§ 634 Nr. 2, § 637 BGB) oder auf Schadensersatz (§ 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281, 283, 311a BGB) geltend gemacht werden können. Dies gebieten der Grundsatz der „Waffengleichheit“ im Prozess sowie prozessökonomische Erwägungen. Ergibt sich zum Beispiel nach einer Beweisaufnahme in dem im Verfahren durchzuführenden Termin, dass die Gegenansprüche des Bestellers den Betrag der restlichen Vergütung übersteigen, soll im Wege des Voraburteils – wie im Streitverfahren auf eine Widerklage – eine Vorabentscheidung auch über die Ansprüche auf Vorschuss oder Schadensersatz ergehen können.

Das Verfahren zum Erlass eines Voraburteils ist auf den ersten Rechtszug beschränkt. Im Berufungsverfahren hält der Kläger entweder bereits einen vorläufig vollstreckbaren Titel in den Händen oder es ist – im Falle der Abweisung der Klage durch die Ausgangsinstanz – regelmäßig davon auszugehen, dass dem Beklagten erfolgversprechende Einwendungen zur Verfügung stehen, so dass eine vorläufige Zahlungsanordnung nicht gerechtfertigt ist.

Zu § 347b

Das Verfahren ist darauf ausgerichtet, dass das Gericht in einem Termin diejenigen rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen treffen soll, die eine zumindest vorläufige Beurteilung des Sach- und Streitstands – ggf. unter Zuhilfenahme eines im Termin anwesenden Sachverständigen – ermöglichen. Dies ist Voraussetzung dafür, dass ein Voraburteil in Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche ergehen kann.

Zu Absatz 1

Zu diesem Zweck bestimmt Absatz 1, dass das Gericht alsbald einen Termin zur Güteverhandlung, zur Verhandlung in der Sache, zur Beweisaufnahme und zur Erörterung über den Erlass eines Voraburteils anberaumen soll. Das Gericht kann hierzu alle ihm zweckmäßig erscheinenden prozessleitenden Anordnungen erlassen. Es kann auch ohne Antrag einer Partei anordnen, dass der Termin als Ortstermin zur Einnahme des Augenscheins stattfindet. Insoweit sind die Regelungen des § 144 anwendbar. Im Übrigen kann es alle in § 273 Abs. 2 vorgesehenen Maßnahmen treffen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 lässt eine Zurückweisung des Antrags auf Erlass eines Voraburteils aus in der Regel verfahrensrechtlichen Gründen zu. Das in Absatz 1 bezeichnete Verfahren ist zur Erledigung der Sache nicht zweckmäßig, wenn vor einer Beweisaufnahme zahlreiche schwierige Rechtsfragen zu er-

örtern sind oder die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen eine sehr umfängliche Beweisaufnahme erfordert, vor deren Abschluss eine auch nur summarische Prüfung der Begründetheit der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche und der Einwendungen des Beklagten nicht möglich ist. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Durchfeuchtung behauptet wird, zu deren Feststellung erst umfängliche Erdarbeiten ausgeführt werden müssen. Das Gleiche gilt, wenn die Eignung neuer Bauprodukte streitig ist und hierzu das Gutachten einer Materialprüfungsanstalt eingeholt werden muss.

Der Beschluss, mit dem das Gericht ein Voraburteil ablehnt, ist unanfechtbar. Es handelt sich um einen verfahrensleitenden Beschluss, der zu keinem Verlust materiell-rechtlicher Ansprüche führt, da der Rechtsstreit vor dem Prozessgericht anhängig bleibt und in der Hauptsache (weiter-)verhandelt wird.

Zu § 347c

§ 347c behandelt die drei Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts nach Durchführung des Termins nach § 347b.

Zu Absatz 1

Absatz 1 regelt die Fälle, in denen die Beweisaufnahme bereits die Entscheidungsreife herbeigeführt hat. Hier besteht kein Anlass mehr, lediglich ein Voraburteil zu erlassen. Das Gericht hat vielmehr über die Streitsache nach den §§ 300 ff. durch Urteil zu erkennen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 betrifft die Fälle, in denen der Rechtsstreit nach dem Termin zwar noch nicht zu einer Endentscheidung reif ist, aber aufgrund der summarischen Prüfung des bisherigen Sach- und Streitstandes der Erlass eines Voraburteils billigem Ermessen entspricht. Die Maßstäbe für das Voraburteil sind ähnlich denjenigen für die Kostenentscheidung bei übereinstimmender Erledigungserklärung ausgestaltet. Zum einen sind die in der bisherigen Verhandlung getroffenen Feststellungen zu berücksichtigen und die erhobenen Beweise entsprechend zu würdigen. Zum anderen erfolgt im Rahmen der Ausübung des billigen Ermessens eine Prognose über die Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs.

Der Ausspruch des Voraburteils richtet sich daher danach, wie nach überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Endentscheidung ausfallen würde. Das Gericht soll in den Urteilsgründen seine Entscheidung den Parteien erläutern. Hierbei kann es auf das Terminsprotokoll oder auf Erwägungen in einem schriftlich formulierten Vergleichsvorschlag Bezug nehmen.

Das Voraburteil regelt das Streitverhältnis bis zu einer rechtskräftigen Endentscheidung des Rechtsstreits. Es wird zur endgültigen Entscheidung, wenn es – wegen Nichtbetreibens des Rechtsstreits durch beide Parteien – einer rechtskräftigen Entscheidung gleichsteht.

Das Voraburteil hat – dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Vorschriften – auch einen Ausspruch über die Kosten zu enthalten. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist in § 347d besonders geregelt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 behandelt schließlich die Fälle, in denen sich das Gericht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nach dem Termin außer Stande sieht, ein Voraburteil zu erlassen. In diesem Fall ist der Antrag durch einen zu begründenden, unanfechtbaren Beschluss zurückzuweisen; dies ergibt sich aus der Verweisung auf § 347b Abs. 2.

Zu § 347d

Das Voraburteil soll nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar sein, um dem Schutzbedürfnis des zur Zahlung Verpflichteten Rechnung zu tragen. Da Sicherheit jedoch in jedem Fall geleistet werden soll, wird die Anwendung des § 710, wonach das Urteil auf Antrag auch ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, ausgeschlossen. Der Schuldner hat nach § 712 Abs. 1 Satz 1 seinerseits die Möglichkeit, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, Sicherheit zu leisten, findet auch § 712 Abs. 1 Satz 2 Anwendung, d. h. die Vollstreckung ist auf die Pfändung beweglichen Vermögens oder die Eintragung einer Sicherungshypothek oder Schiffshypothek zu beschränken oder – als letzte und weitreichendste Möglichkeit – das Urteil ist nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die Anwendbarkeit von § 712 Abs. 1 ist vertretbar, da diese Vorschrift strenge Voraussetzungen hat. So muss die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen. Die Versagung der Vollstreckbarerklärung ist das letzte Mittel, weil zunächst die Möglichkeit besteht, die Vollstreckung auf bestimmte Maßregeln zu beschränken. Der Schuldner ist zudem durch den Schadensersatzanspruch nach § 717 geschützt.

Zu § 347e

§ 347e regelt den Fortgang des Verfahrens nach Erlass eines Voraburteils.

Zu Absatz 1

Das Voraburteil selbst ist unanfechtbar. Jede Partei, die das Voraburteil nicht als endgültige Entscheidung anerkennen will, kann bei Gericht einen Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits stellen. Dieser Antrag muss allerdings innerhalb einer Notfrist von drei Monaten nach Zustellung des Voraburteils gestellt werden. Andernfalls ist der Antrag – ohne dass eine mündliche Verhandlung notwendig ist – durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen. Dem Antragsteller bleibt die Möglichkeit der Beschwerde gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2.

Zu Absatz 2

Wird der Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits innerhalb der Frist von drei Monaten nicht gestellt, wird von Gesetzes wegen unterstellt, dass die Parteien das Voraburteil als endgültige Regelung des Streitverhältnisses akzeptieren. Die Parteien können auch durch schriftliche Anzeige an das Gericht auf die Fortsetzung des Rechtsstreits verzichten. Für diese Fälle ordnet der Entwurf deshalb den Eintritt der Rechtskraft an. Die Geschäftsstelle des Gerichts hat einer Partei auf Antrag ein Rechtskraftzeugnis zu erteilen.

Zu Absatz 3

Wegen der in Absatz 2 angeordneten weitreichenden Folge ist in Absatz 3 vorgesehen, dass die Parteien mit Zustellung des Voraburteils über die Folgen der Versäumung der 3-Monats-Frist zu belehren sind.

Zu § 347f

Zu Absatz 1

Wird der Rechtsstreit fortgesetzt, tritt das Voraburteil mit der Rechtskraft der Endentscheidung außer Kraft. Satz 2 betrifft den Erlass eines Teilurteils nach § 301. Hier muss das Gericht aussprechen, in welchem Umfang das Voraburteil fortbestehen oder außer Kraft treten soll.

Zu Absatz 2

In der Endentscheidung muss insgesamt über die Kosten des Rechtsstreits neu entschieden werden. Dies ist notwendig, weil das Voraburteil mit Eintritt der Rechtskraft der Endentscheidung außer Kraft tritt und davon auch die ursprüngliche Kostenentscheidung betroffen ist. Für die Kostenverteilung in der Endentscheidung gelten die allgemeinen Vorschriften.

In Anlehnung an den § 97 Abs. 2 zu Grunde liegenden Rechtsgedanken soll das Gericht jedoch bezüglich der durch das Voraburteil entstandenen Kosten eine abweichende Entscheidung treffen können. Ein Kostentrennungstatbestand wird durch diese Regelung jedoch nicht geschaffen. Das Gericht kann die Verletzung der Prozessförderungspflicht durch eine Partei mit der abweichenden Kostenentscheidung sanktionieren. Diejenige Partei, die ein Voraburteil beantragt (meistens wird dies der auf Zahlung der Vergütung klagende Bauunternehmer sein), soll keine zusätzlichen Kostennachteile erleiden, wenn das Voraburteil aufgrund neuen Vorbringens der Gegenseite keinen Bestand hat (zum Beispiel Erhebung neuer Mängelrügen durch den Besteller, die dieser rechtzeitig bis zum Termin nach § 347b hätte vorbringen können und müssen).

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt die Fälle, in denen sich nach der Endentscheidung das Voraburteil als ungerechtfertigt erwiesen hat. Wie bei anderen vorläufig vollstreckbaren Titeln soll auch hier dem Gegner ein Anspruch auf Ersatz des Vollstreckungsschadens zustehen. Dieser Schadensersatzanspruch kann bereits im Streitverfahren im Wege der Aufrechnung oder der Widerklage anhängig gemacht werden. Wird er anhängig gemacht, so ist der Anspruch als im Zeitpunkt der Zahlung oder der Leistung rechtshängig geworden anzusehen.

Zu Nummer 4 (§ 750a)

Es wird Fälle geben, in denen dem Gläubiger trotz der erweiterten Auskunftsmöglichkeiten nach den Artikeln 7 und 8 die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Schuldners nicht möglich ist. Für diese Fälle sieht der neu einzufügende § 750a als Ultima Ratio die Möglichkeit vor, auf Antrag des Gläubigers die Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei (vgl. RiStBV 39 bis 40) gerichtlich anzuordnen. Die Regelung lehnt sich an die Vorschrift des § 131a Abs. 1 StPO und des § 66 AsylVfG an, die eine Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung von Beschuldigten und Zeugen bzw. Ausländern zulassen.

Zu Absatz 1

Die Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung ist gegenüber allen anderen Möglichkeiten zur Ermittlung des Aufenthaltsortes, die keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern, wie in der Regel Auskunftsersuchen an die Melde-, Zulassungs- und Sozialbehörde oder an das Kraftfahrt-Bundesamt, subsidiär (Satz 1).

Die Voraussetzungen hat der Gläubiger glaubhaft zu machen. Im Rahmen der Glaubhaftmachung wird in der Regel zu verlangen sein, dass der Gläubiger eine Negativauskunft der Melde-, Zulassungs- und Sozialbehörde oder des Kraftfahrt-Bundesamtes vorlegt, wonach der Schuldner dort nicht erfasst oder sein Aufenthalt unbekannt ist.

Da es sich bei der Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei (wie auch bei der Ausschreibung zur Festnahme, § 909 Abs. 2 ZPO-E) um eine schwerwiegendere Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung handelt als im Falle der Auskunft aus öffentlichen Registern (Artikel 7 und 8), ist der Schwellenwert von 3 000 Euro, ab dem die Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung möglich ist, deutlich höher als bei der Auskunft aus öffentlichen Registern (600 Euro). Außerdem soll dadurch eine Überlastung der Gerichte und des polizeilichen Vollzugsdienstes mit „Bagatellsachen“ verhindert werden.

Nach Satz 2 ist für die Anordnung der Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Der Richtervorbehalt ist angesichts der Bedeutung der Anordnung für den Betroffenen – er wird nun von der Polizei gesucht – erforderlich. Auch § 131a Abs. 1 StPO erlaubt eine solche Anordnung nur der Staatsanwaltschaft und lediglich bei Gefahr im Verzug deren Hilfsbeamten. Für die örtliche Zuständigkeit ist der allgemeine Gerichtsstand des Gläubigers maßgebend. Ein Abweichen von der Regel des § 764 Abs. 2 ist notwendig, da dem Gläubiger gerade nicht bekannt ist, in welchem Bezirk die Vollstreckung erfolgen soll.

Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Anordnung zu erlassen. Sie hat insbesondere zu unterbleiben, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls unangemessen wäre (Satz 3). Dabei kann es sich beispielsweise um Fälle handeln, in denen eine Übermittlungssperre gemäß § 21 Abs. 5 MRRG, § 41 Abs. 2 StVG oder § 68a Abs. 2 SGB X vorliegt.

Unzulässig ist nach Satz 4 die Anordnung einer Öffentlichkeitsfahndung (vgl. § 131a Abs. 3 StPO), also insbesondere die Veröffentlichung von Bildern des Schuldners, sowie einer internationalen Fahndung. Solche Maßnahmen wären nicht verhältnismäßig. Eine Festnahme des Schuldners im Ausland würde zudem erhebliche praktische Schwierigkeiten im Hinblick auf eine Überstellung an deutsche Behörden sowie im Hinblick darauf mit sich bringen, dass es dem Schuldner gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 ermöglicht werden muss, jederzeit die eidesstattliche Versicherung abzugeben.

Zu Absatz 2

Nach Absatz 2 haben die polizeilichen Vollzugsorgane die Ergebnisse ihrer Ermittlungstätigkeit – also insbesondere den Aufenthaltsort des Schuldners – dem Gericht und dem Gläubiger mitzuteilen. Eine Mitteilung an das Gericht ist für dessen Entscheidung nach Absatz 3 erforderlich. Der Gläubiger ist unmittelbar zu benachrichtigen, damit er die Vollstreckung ohne weitere Verzögerung fortsetzen kann.

Zu Absatz 3

Absatz 3 stellt klar, dass die Anordnung aufzuheben ist, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht mehr vorliegen. Damit sind etwa Fälle gemeint, in denen nachträglich andere Möglichkeiten der Aufenthaltsermittlung bekannt werden, der Aufenthaltsort ermittelt wurde oder in denen sich die Anordnung durch freiwillige Zahlung oder erfolgreiche Durchführung der Vollstreckung erledigt. Da das Gericht nicht in jedem Fall vom Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen nach Absatz 1 von Amts wegen erfährt, wird der Gläubiger verpflichtet, die ihm insoweit bekannt gewordenen Umstände unverzüglich dem Gericht mitzuteilen.

Zu Nummer 5 (§ 756)

Nach Absatz 1 Satz 2 soll künftig die Bescheinigung eines Gutachters, dass die vom Gläubiger Zug um Zug zu bewirkende Nacherfüllung erbracht und der Gläubiger dadurch befriedigt ist, einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde gleichstehen. Dabei beschränkt sich die Regelung nicht auf die Nacherfüllung im Rahmen von Werkverträgen, sondern bezieht auch die Nacherfüllung im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse, insbesondere bei Kaufverträgen (§ 439 BGB), ein. Sobald die Bescheinigung dem Gläubiger zugestellt ist (Satz 1 a. E.), kann die Zwangsvollstreckung beginnen.

Satz 3 verweist hinsichtlich des Verfahrens zur Erlangung einer Bescheinigung im Sinne des Satzes 2 auf einzelne Vorschriften des § 641a BGB. Für die Bestellung des Sachverständigen gilt § 641a Abs. 2 BGB entsprechend. Dadurch wird das Vorliegen der Sachkunde und Unparteilichkeit des Gutachters sichergestellt und den Interessen des Schuldners Rechnung getragen. Der Gutachter muss – gegebenenfalls in Anwesenheit der Parteien – mindestens einen Besichtigungstermin abhalten (§ 641a Abs. 3 Satz 1 BGB). Durch den Verweis auf § 641a Abs. 5 BGB wird klargestellt, dass der Schuldner die Untersuchung des Vertragsgegenstandes gestatten muss; verweigert er sie, gilt die Nacherfüllung als erfolgt und die Bescheinigung ist zu erteilen.

Zu Nummer 6 (§ 765)

Auch im Rahmen der Anordnung einer Vollstreckungsmaßregel durch das Vollstreckungsgericht gemäß § 765 soll künftig der Beweis der Befriedigung des Schuldners nicht nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, sondern auch durch die Bescheinigung eines Sachverständigen möglich sein. Der neue Satz 2 verweist daher auf § 756 Abs. 1 Satz 2 und 3.

Hinsichtlich der Zustellung der Bescheinigung gelten die allgemeinen Vorschriften von Satz 1 Nr. 1.

Zu Nummer 7 (§ 909)

In den Fällen, in denen die Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung nach § 750a angeordnet werden kann und ein Haftbefehl gemäß § 901 vorliegt, wäre es zu umständlich, den Gläubiger darauf zu verweisen, durch den polizeilichen Vollzugsdienst den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln und den Haftbefehl sodann durch den Gerichtsvollzieher vollziehen zu lassen. Für diesen Fall ist in einem neuen Absatz 2 eine Ausschreibung zur Festnahme vorgesehen; die Verhaftung kann hier, nachdem Verhaftungsversuche durch den Gerichtsvollzieher wiederholt fruchtlos verlaufen sind, ohne Hinzuziehung des Gerichtsvollziehers unmittelbar durch den polizeilichen Vollzugsdienst geschehen.

Erfolgt die Verhaftung durch die Polizei, ohne dass der Gerichtsvollzieher anwesend ist und dem Schuldner den Haftbefehl vorlegen kann, muss diesem wenigstens mitgeteilt werden, weshalb er verhaftet wird. Die Verhaftung ist dem Gericht unverzüglich mitzuteilen, das hierauf gemäß Absatz 2 Satz 4 unverzüglich die Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Haftbefehls an den Schuldner veranlasst.

Da der Gläubiger, der einen Haftbefehl gemäß § 901 ZPO erwirkt, die Urschrift des Haftbefehls erhält, hat er diese gemäß Absatz 2 Satz 2 dem Gericht vorzulegen, damit es die dem Schuldner nach der Verhaftung zuzustellende beglaubigte Ausfertigung des Haftbefehls erstellen kann.

Zu Nummer 8 (§ 933)

Die neue Bestimmung von § 909 Abs. 2 i. V. m. § 750a ist auf § 933 Satz 1, der auf § 909 insgesamt Bezug nimmt, nicht anwendbar, da das einstweilige Verfügungverfahren nicht das Vorliegen eines Titels i. S. d. § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1, § 801 voraussetzt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird dies in § 933 Satz 1 klargestellt.

Zu Artikel 4 (Änderung der Insolvenzordnung)

Zu Nummer 1

Die neue Bestimmung des § 909 Abs. 2 in Verbindung mit § 750a ZPO-E ist auf § 98 der Insolvenzordnung nicht anwendbar. Dies wird durch Artikel 4 Nr. 1 klargestellt.

Zu Nummer 2

Durch die Änderung des § 107 Abs. 2 Satz 1 soll der Unternehmer in der Insolvenz des Bestellers dem Vorbehaltsverkäufer in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers gleichgestellt werden. Das Anwartschaftsrecht des Bestellers und Schuldners an der verbundenen Sache gehört zur Masse. Der Insolvenzverwalter hat ein Wahlrecht aus § 103. Wählt er Erfüllung, so ist die restliche Vergütungsforderung Masseschuld im Sinne des § 55 Satz 1 Nr. 2, mit deren Erfüllung der Besteller das in die Masse fallende Eigentum erwirbt. Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung ab, so erlischt das Anwartschaftsrecht des Bestellers wegen Bedingungsausfalls; der Unternehmer hat ein Aussonderungsrecht nach § 47 und nimmt mit der Schadensersatzforderung am Insolvenzverfahren teil.

Zu Artikel 5 (Änderung des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetz)

In der KV-Nr. 1648 wird ein neuer Gebührentatbestand für die Entscheidung über Anträge auf Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung oder Festnahme gemäß §§ 750a, 909 Abs. 2 ZPO-E geschaffen. Angesichts der Bedeutung der Angelegenheit für den betroffenen Schuldner und der damit einhergehenden Pflicht des Gerichts zur Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen ist eine besondere Gebühr gerechtfertigt.

Zu Artikel 6 (Änderung der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte)

Mit der Änderung in § 37 Nr. 3 wird lediglich klargestellt, dass das (Zwischen-)Verfahren zum Erlass eines Voraburteils zum Rechtszug gehört. Der Anwalt kann über die in § 31 bezeichneten Gebühren hinaus keine zusätzlichen Gebühren erheben. Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil der Aufwand für den Anwalt nicht größer ist als bei der Durchführung eines Termins – ggf. mit Vernehmung von Zeugen und Anhörung eines Sachverständigen – in einem Rechtsstreit, in dem ein Antrag auf Erlass eines Voraburteils nicht gestellt wurde. Die in § 31 bezeichneten Gebühren entstehen im Verfahren zum Erlass eines Voraburteils in gleicher Weise wie bei der Verhandlung im Streitverfahren.

Zu Artikel 7 (Änderung des Straßenverkehrsgesetzes)

Nach § 39 Abs. 3 Satz 1 dürfen Halterdaten übermittelt werden, wenn die Daten zur Geltendmachung, Sicherung oder Vollstreckung von nicht mit der Teilnahme am Straßenverkehr in Zusammenhang stehenden öffentlich-rechtlichen Ansprüchen oder von gemäß § 7 des Unterhaltsvorschussgesetzes oder § 91 des Bundessozialhilfegesetzes übergegangenen Ansprüchen benötigt werden. Der neu anzufügende Absatz 4 erweitert die Auskunftsmöglichkeit auf privatrechtliche Titel gemäß § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1, § 801 ZPO. Entsprechendes gilt gemäß § 15a Abs. 6 Satz 2 EGZPO für die dort genannten Titel. Anders als bei den genannten öffentlich-rechtlichen Ansprüchen soll eine Auskunftserteilung aber nur möglich sein, soweit dies zur Vollstreckung eines bereits ergangenen Titels notwendig ist. Dem Titel muss ein Anspruch im Wert von mindestens 600 Euro zu Grunde liegen. Es kann sich um Geldforderungen, aber auch um andere geldwerte Ansprüche – etwa um Herausgabeansprüche – handeln. Im Übrigen gelten die Voraussetzungen des Satzes 1 entsprechend.

Durch den Verweis auf Absatz 3 Satz 1 wird klargestellt, dass das Auskunftsersuchen nur dann an die Zulassungsstelle bzw. das Kraftfahrt-Bundesamt gerichtet werden darf, wenn alle anderen Erkenntnismittel – etwa ein Ersuchen an die Meldebehörden (vgl. § 21 Abs. 1 MRRG) – erschöpft sind.

Auf Antrag des Schuldners ist eine Übermittlungssperre gemäß § 41 Abs. 2 anzuordnen, wenn durch die Übermittlung der Daten seine schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt würden.

Zu Artikel 8 (Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch)

Zu Nummer 1 (§ 64 Abs. 1 Satz 2)

Hinsichtlich der Auskunft aus den Registern der Straßenverkehrsbehörden (§ 39 Abs. 3 Satz 2 StVG-E) besteht bereits eine Gebührenvorschrift in den Nummern 141 und 226 des Gebührentarifs für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebTSt) als Anlage zu § 1 Abs. 1 Satz 2 der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebOSt) vom 26. Juni 1970 (BGBl. I S. 865, ber. S. 1298).

Hinsichtlich der Auskunft durch die Sozialbehörden gemäß § 68a SGB X-E bestünde ohne besondere Regelung Gebührenfreiheit, vgl. § 64 Abs. 1 SGB X. Für die Gebührenfreiheit der Entscheidung über eine Auskunft gemäß § 68a gibt es keine Rechtfertigung, da der Empfänger keine Sozialleistungen empfängt oder begehrt. Daher ist – entsprechend der Rechtslage bei Auskünften durch Meldebehörden oder Straßenverkehrsbehörden – eine Gebühr zu entrichten. Die Höhe orientiert sich an § 1 Abs. 1 Satz 2 der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr vom 26. Juni 1970 (BGBl. I S. 865, ber. S. 1298) i. V. m. Nummer 226 GebTSt, zuletzt geändert durch VO vom 20. Juli 2000, BGBl. I S. 1090.

Zu Nummer 2 (§ 68a)

Durch den neu einzufügenden § 68a soll dem Gläubiger eine weitere Möglichkeit an die Hand gegeben werden, den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln.

Die Regelung des Absatzes 1 lehnt sich dabei an die Vorschrift des § 68 an, wobei § 68a jedoch eine Mindestanspruchshöhe von 600 Euro vorsieht. Voraussetzung für die Erteilung einer Auskunft ist, dass vorher alle anderen Auskunftsmöglichkeiten, insbesondere ein Ersuchen bei den Meldebehörden (vgl. § 21 Abs. 1 MRRG), ausgeschöpft wurden.

Absatz 2 gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, zur Wahrung schutzwürdiger Interessen eine Übermittlungssperre zu veranlassen. Hierfür wird auf die Regelung des § 41 Abs. 2 StVG verwiesen. Ein Verweis auf die Regelung des § 41 Abs. 3 StVG ist unterblieben, weil kaum Fälle denkbar sind, in denen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Übermittlung trotz Übermittlungssperre besteht.

Zu Artikel 9 (Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Zu Nummer 1 (Gesetzesüberschrift)

Im Zuge der Änderung wird die Abkürzung „GmbHG“ als amtliche Abkürzung eingeführt.

Zu Nummer 2 (§ 6 Abs. 2)

Zu Satz 3

Die bisherigen Ausschlusstatbestände in Satz 3 werden um Verurteilungen wegen der Straftatbestände der Benachteiligung von Baugeldgläubigern gemäß § 283e StGB, des Betrugs gemäß § 263 StGB, des Computerbetrugs gemäß § 263a StGB, des Subventionsbetrugs gemäß § 264 StGB,

des Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a StGB, des Kreditbetrugs gemäß § 265b StGB, der Untreue gemäß § 266 StGB und des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB erweitert. Die Erweiterung erstreckt sich auf zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts. Der Betrug wird in allen seinen Formen erfasst, ebenso der Straftatbestand der Untreue, um sowohl die vertretene Gesellschaft als auch ihre Vertragspartner vor Wiederholungstaten und damit Vermögensschäden zu bewahren. Dies gilt auch für die Erstreckung der Ausschlussgründe auf den Straftatbestand der Untreue.

Ebenso bedeutsam und im Interesse der Arbeitnehmer der Gesellschaft ist die Einstellung des Straftatbestands des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB in den Katalog der Ausschlussgründe. Diese Straftat wird häufig im Vorfeld der Insolvenz begangen.

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe nach den §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG wird auf die Ausführungen zu Artikel 10 (§ 76 Abs. 3 AktG) verwiesen.

In die Ausschlussgründe einbezogen werden auch Verurteilungen nach den §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2. Wer als Gesellschafter oder Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft, der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals oder in öffentlichen Mitteilungen vorsätzlich falsche Angaben macht (§ 82) oder eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 begeht, ist für eine Geschäftsführertätigkeit nicht geeignet. Im Hinblick auf die Eingriffsintensität werden zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit fahrlässige Handlungen nach § 84 Abs. 2 nicht als Ausschlussgrund erfasst. Des Weiteren ist hinsichtlich der allgemeinen Vermögensdelikte (§§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2, § 266 StGB) als Erheblichkeitsschwelle eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorgesehen.

Zu Satz 5

Um zu verhindern, dass die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH durch die Einschaltung eines Strohmannes umgangen werden, wird ein neuer Satz 5 angefügt, der einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter normiert. Die gesamthänderische Haftung ist § 43 Abs. 2 nachgebildet. Nach dieser Vorschrift haften Geschäftsführer der Gesellschaft solidarisch bei Verletzung ihrer Obliegenheiten nach § 43 Abs. 1 für den daraus der Gesellschaft entstehenden Schaden. Diese Haftung wird auf die Gesellschafter für den Fall ausgedehnt, dass sie schuldhaft eine Person, die die für eine Geschäftsführerstellung nach Sätzen 3 und 4 erforderlichen Zuverlässigkeitskriterien nicht erfüllt, zum Geschäftsführer bestellen, nicht abberufen oder ihr faktisch die Führung der Geschäfte überlassen und diese Person die ihr nach § 43 Abs. 1 obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt.

Von der Regelung einer Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (sog. Durchgriffshaftung) wurde dagegen abgesehen, da Gesellschafter, die eine unzuverlässige Person als Gesellschafter bestellen, nicht die Rechtsform der juristischen Person missbrauchen, sondern nur wie diese für deren Handlungen einstehen sollen.

Zu Artikel 10 (Änderung des Aktiengesetzes)

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe nach dem Strafgesetzbuch und nach dem GmbH-Gesetz wird auf die Ausführungen zu Artikel 9 (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) verwiesen.

Bei den Ausschlussgründen werden nunmehr auch die Straftatbestände der Angabe falscher Angaben gemäß § 399, der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 und der vorsätzlichen Pflichtverletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit gemäß § 401 Abs. 1 erfasst. Im Hinblick auf den Aufgabenbereich und die Tragweite der Tätigkeit muss das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft uneingeschränkt zuverlässig sein.

Einer Schadensersatzregelung entsprechend § 6 Abs. 2 Satz 5 GmbHG-E bedarf es im Falle der Aktiengesellschaft nicht, da die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 durch den Aufsichtsrat bestellt werden und die Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft für eine Pflichtverletzung bereits nach den §§ 116, 93 Abs. 2 haften.

Zu Artikel 11 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz)

Um dem Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, bestimmt § 26e, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgenommen und vor In-Kraft-Treten des Gesetzes rechtskräftig geworden sind, nicht – für die Dauer von fünf Jahren – zum Verlust der Befähigung führen sollen, Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zu sein.

Zu Artikel 12 (Änderung des Strafgesetzbuches)

Der neu in das Strafgesetzbuch einzufügende Straftatbestand des § 283e ersetzt die Strafvorschrift des § 5 BauFG. Er fügt sich in die Systematik der Insolvenzstraftaten ein und ist der Diktion des StGB angepasst. Ein legislativer Handlungsbedarf besteht gerade deshalb, weil die Fälle der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld in der Regel nicht als Betrug, Untreue, Unterschlagung oder Konkursdelikt verfolgt werden können. Strafrechtliche Folgen hat die Nichtbezahlung der Handwerker und Lieferanten für den Geschäftsführer der Generalunternehmer-GmbH in der Regel nur dann, wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass er bei Vertragsschluss gemäß § 263 StGB über die Zahlungswilligkeit bzw. Zahlungsfähigkeit der GmbH getäuscht hat. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs scheitert jedoch oftmals daran, dass keine Täuschung vorliegt, weil die Beauftragung noch zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Generalunternehmer-GmbH wirtschaftlich leistungsfähig war, oder weil ein diesbezüglicher Vorsatz nicht nachweisbar ist (vgl. Lemme, Wistra 1998, 41, 42).

Tathandlung ist gemäß Absatz 1 das missbräuchliche Verwenden von Baugeld in der Unternehmenskrise. Erweitert wird die Strafbarkeit des Baugeldempfängers im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 5 BauFG dadurch, dass der Begriff des Baugelds in § 648 BGB-E erheblich ausgedehnt wird. Baugeld sind danach nicht nur Beträge, die unmittelbar vom Besteller oder vom finanzierenden Unternehmen an den Generalunternehmer fließen, sondern auch Beträge, die Generalunternehmer und die von ihnen beauftragten

Subunternehmer von ihrem unmittelbar vorgeschalteten Auftraggeber erhalten haben und wiederum an die nachgeordneten bauausführenden Personen weiterleiten sollen.

Durch den Verweis in Absatz 2 auf § 283 Abs. 6 wird, wie bereits in § 5 BauFG, die Strafbarkeit an die objektive Bedingung der Zahlungseinstellung, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder der Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse geknüpft.

Zu Artikel 13 (Aufhebung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen)

Da die Regelungen des § 1 BauFG in das Bürgerliche Gesetzbuch und des § 5 BauFG in das Strafgesetzbuch übernommen werden und die Baubuchführungspflicht (§ 2 BauFG) durch einen Auskunftsanspruch ersetzt wird, kann das BauFG insgesamt aufgehoben werden.

Sofern die Pflicht zur Verwendung von Baugeld und die Pflicht zur Führung des Baubuchs vor dem In-Kraft-Treten dieses Gesetzes begründet wurden, bestimmt Absatz 2, dass das BauFG auf diese Fallgestaltungen weiter anzuwenden ist.

Zu den Artikeln 14 und 15

Bei Artikel 14 handelt es sich um eine Folgeregelung zu Artikel 13, der das BauFG aufhebt.

Artikel 15 gewährleistet, dass der Verordnungsgeber auch den gesetzesrangigen Teil der Rechtsverordnung aufgrund der einschlägigen Verordnungsermächtigung ändern kann.

Zu Artikel 16 (Änderung sonstiger Vorschriften)

Die neue Bestimmung von § 909 Abs. 2 i. V. m. § 750a ZPO ist auf die in Artikel 16 aufgeführten Vorschriften, die auf § 909 ZPO insgesamt Bezug nehmen, nicht anwendbar. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird dies in den jeweiligen Vorschriften klargestellt.

Zu Artikel 17 (Überleitungsvorschrift zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Absatz 1 bestimmt, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG aufgenommen und vor In-Kraft-Treten dieses Gesetzes rechtskräftig geworden sind, nicht – für die Dauer von fünf Jahren – zum Verlust der Befähigung führen sollen, Geschäftsführer einer GmbH zu sein. Damit wird dem Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung getragen, indem an rechtskräftige Verurteilungen keine neuen, vom Angeklagten zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils nicht absehbaren Rechtsfolgen geknüpft werden.

Dasselbe gilt sinngemäß für die Neuregelung in § 6 Abs. 2 Satz 5 GmbHG. Damit sich die Gesellschafter einer GmbH auf die veränderte Rechtslage einstellen können, bestimmt Absatz 2, dass die Neuregelung nur auf Obliegenheitsverletzungen anzuwenden ist, die ein Geschäftsführer nach In-Kraft-Treten dieses Gesetzes begeht.

Zu Artikel 18 (Inkrafttreten)

Das Gesetz soll am Tag nach seiner Verkündung in Kraft treten.



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 13 20, 53003 Bonn, Telefon (02 28) 3 82 08 40, Telefax (02 28) 3 82 08 44
ISSN 0722-8333